

Das Handelsgeschäft als Sacheinlage
bei der Gründung einer Aktiengesellschaft

Harald Binz

1972

Das Handelsgeschäft als Sacheinlage
bei der Gründung einer Aktiengesellschaft

Dissertation
vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von
Rechtsreferendar
Harald Binz
aus Saulheim

Mainz 1972

1. Berichterstatter: Prof. Dr. A. Kraft

2. Berichterstatter: Prof. Dr. O. Mühl

Tag der mündlichen Prüfung: 7. Februar 1972



Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Gesetzesmaterialien und Schrifttum	III
Abkürzungen	XIV
 <u>E i n l e i t u n g</u>	 1
 <u>1. Teil :</u>	
 <u>Schuldrechtlicher Teil des Sacheinlagegeschäfts</u>	
Vorbemerkung	6
A. Der Vertrag über die Sacheinlage	7
I. Problemstellung	7
II. Inhalt des Sacheinlagevertrags	11
1. Unterschiedliche Begriffsbildung in Recht- sprechung und Lehre	11
2. Stellungnahme	13
3. Zusammenfassung	17
III. Der Sacheinlagevertrag und die zugrundeliegende Bewertung der Sacheinlage	18
1. Ausgangspunkt	18
2. Anfängliche Abweichung zwischen tatsächlichem und vereinbartem Wert der Sacheinlage	19
a) Überbewertung	19
b) Unterbewertung	25
3. Nachträgliche Abweichung zwischen tatsächli- chem und vereinbartem Wert der Sacheinlage	28
a) Wert der Einlage hat sich vermindert	28
b) Wert der Einlage hat sich erhöht	32
4. Zusammenfassung	34
IV. Einzelfälle zur nicht vollständigen Kapitalauf- bringung bei der Unternehmenseinlage	35
1. Sachmängel	36
2. Einbringlichkeit der Forderungen	38
3. Geschäftsschulden	39
4. Bilanzstichtag (maßgebender Bewertungszeit- punkt)	40
B. Die Festsetzung in der Satzung	47
I. Zweck der Festsetzung	47
II. Festsetzung des "Gegenstandes" der Einlage	49
III. Festsetzung der "Person"	55

2. Teil :

Dinglicher Teil des Sacheinlagegeschäfts (Erfüllung)

Vorbemerkung	61
A. Einbringung des Handelsgeschäfts vor Eintragung der AG in das Handelsregister	63
I. Theoretische Grundlage für die Begründung einer Erfüllung	63
1. Meinungen in Rechtsprechung und Schrifttum	63
2. Stellungnahme	67
3. Zusammenfassung	85
II. Rechtscharakter der Vor-AG, insbesondere bei Einbringung eines Handelsgeschäfts	85
1. Meinungen	85
2. Stellungnahme	89
3. Zusammenfassung	100
III. Auswirkungen der Einbringung eines Handelsgeschäfts im Einzelfall	100
1. Kaufmannseigenschaft	100
2. Firma	104
3. Vertretung	109
a) vertretungsberechtigte Personen	109
b) Umfang der Vertretungsmacht	114
4. Haftungsverhältnisse	123
a) Allgemeines	123
b) Haftung der Gesellschafter	124
c) Haftung der Gesellschaft	135
d) Haftung der handelnden Organe	139
e) Zusammenfassung	144
5. Prozeßrechtliches	144
6. Konkursfähigkeit	148
7. Auflösung und Auseinandersetzung	150
IV. Rechtslage nach der Handelsregistereintragung	157
1. Rechte und Pflichten der Vor-AG	157
2. Fortdauer der Haftung	158
3. Wertänderungen des eingebrachten Gegenstandes bis zur Eintragung	159
B. Einbringung des Handelsgeschäfts nach Eintragung der AG in das Handelsregister	161
I. Die Zulässigkeit der späteren Einbringung	161
II. Unterschied gegenüber vorheriger Einbringung	163

Gesetzesmaterialien

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten.
Nebst Motiven. (zitiert: Motive preuß. HGB-Entwurf)
Berlin 1857

Protokolle der Commission zur Beratung eines allgemeinen
deutschen Handelsgesetzbuches. (zitiert: Nürnberger Protokolle)
Nürnberg 1857/58

Amtliche Begründung zur Aktienrechtsnovelle von 1870, in:
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichs-
tags des Norddeutschen Bundes; vierter Band: (Anlagen zu den
Verhandlungen des Reichstags von Nr. 73-216), S. 649-660
Berlin 1870

Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften
auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung und
Anlagen. (zitiert: Motive 1884)
Berlin 1883

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs mit Ausschluß des Seehandels-
rechts nebst Denkschrift. (zitiert: HGB-Denkschrift)
Berlin 1896

Aktiengesetz vom 30.1.1937 und amtliche Begründung,
hrsg. von Klausing. (zitiert: Motive 1937)
Berlin 1937

Aktiengesetz vom 6.9.1965. Textausgabe des Aktiengesetzes ...
mit Begründung des Regierungsentwurfes, Bericht des Rechts-
ausschusses des Deutschen Bundestags, Verweisungen und Sach-
verzeichnis. Zusammengestellt von Bruno Kropff.
(zitiert: Motive 1965)
Düsseldorf 1965

S c h r i f t t u m

- Ballerstedt, Kurt Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften. Tübingen 1949
- ders. Besprechung von Gadow-Heinichen, Großkommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., in: ZHR 127 (1965), S. 92-111
- Balser, Heinrich Die Aktiengesellschaft. 2 Bände. (2. Band: Formularbuch) Baden-Baden 1966/68
- Bartholomeyczik, Horst Die Kunst der Gesetzesauslegung. 3. Aufl., Frankfurt/M. 1965
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch. Kommentar. 19. Aufl., München 1971
- Baumbach-Hueck Aktiengesetz. Kurzkommentar. 13. Aufl., München 1968
- Baumbach-Hueck GmbH-Gesetz. Kurzkommentar. 13. Aufl., München 1970
- Baur, Fritz Der Konkurs der Vorgesellschaft, in: DRZ 1950, S. 9-11
- Bayer, Wilhelm Haupt- und Gesellschafterversammlungen vor Eintragung der AG und GmbH in das Handelsregister, in: JZ 1962, S. 551-555
- Beitzke, Günter Konzessionssystem, Normativbestimmungen und freie Körperschaftsbildung, in: ZHR 108, S. 32-62
- Boesebeck, Ernst Anmerkung zum Urteil des RG vom 25.1.1939, in: DR 1939, S. 434-437
- ders. Stichtag der Eröffnungsbilanz und Bewertungsgrundsätze bei der Einbringung eines Unternehmens, in: Soziale Praxis 1939, S. 605-613
- Brodmann, Erich Aktienrecht, Kommentar. Berlin und Leipzig 1928
- ders. Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar. 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1930

- Brunn
Zur Haftung für Geschäfte der Vor-GmbH. Erneute Entrichtung bereits geleisteter Stammeinlagen?
in: BB 1956, S. 261 f.
- Brunner, Joachim
Die zivilrechtliche Haftung der Gründer für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und der GmbH.
Diss. Mainz 1954
- Büttner, Hermann
Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen.
Bielefeld 1967
- Capelle, Karl-Hermann
Handelsrecht. Studienbuch.
14. Aufl., München 1970
- Cosack, Konrad
Lehrbuch des Handelsrechts.
12. Aufl., Stuttgart 1930
- Crisolli, Karl-August
Die Rechtsnatur der Sacheinlageverpflichtung eines Aktionärs. Gibt es bei ihr einen Schadensersatzanspruch, eine Wandelung oder eine Minderung?
in: ZHR 93 (1929), S. 226-248
- Deeg, Peter
Die Haftung bei nicht eingetragener GmbH, in: BB 1950, S. 720 f.
- Dehoff, Peter Ulrich
Die Konkursfähigkeit der Gründervereinigung der Kapitalgesellschaften und der Genossenschaft.
Diss. Köln 1967
- Dilcher, Gerhard
Rechtsfragen der sogenannten Vorgesellschaft, in: JuS 1966, S. 89-95
- Dregger, Alfred
Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft von AG, GmbH, Genossenschaft und Verein.
Köln 1951
- ders.
Haftung des Gesellschafters einer am Geschäftsverkehr teilnehmenden Vor-GmbH,
in: GmbH-Rdsch 1952, S. 185-187
- Düringer-Hachenburg
Das Handelsgesetzbuch. Kommentar.
3. Aufl.,
I. Band, 1. Teil, von Geiler, Hoeniger und J. Lehmann;
Mannheim-Berlin-Leipzig 1930
III. Band, 1. Teil, 1. Teil, von Bing, Flechtheim und Hachenburg.
Mannheim-Berlin-Leipzig 1934

- Ehrenberg, Victor** Handbuch des gesamten Handelsrechts.
Leipzig 1913 ff.
Bd. 1 (1913); Bd. 2, 1. Abt. (1914)
Bd. 3, 1. Abt. (1916)
Bd. 3, 3. Abt. (1929)
- Emmeccerus-Lehmann** Recht der Schuldverhältnisse.
15. Bearb., Tübingen 1958
- Emmeccerus-Nipperdey** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 1. Halbbd., 15. Bearb.,
Tübingen 1959
- Esser, Josef** Schuldrecht. Bd. 1: Allgemeiner
Teil. 4. Aufl., Karlsruhe 1970
- Fabricius, Fritz** Relativität der Rechtsfähigkeit.
München und Berlin 1963
- Feine, Hans-Erich** Die Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, in: Ehrenberg, Handbuch
des gesamten Handelsrechts, 3. Bd.,
3. Abt., Leipzig 1929
- Fischer, Rudolf** Die Aktiengesellschaft,
in: Ehrenberg, Handbuch des gesamten
Handelsrechts, 3. Bd., 1. Abt.
Leipzig 1916
- Flume, Werner** Die werdende juristische Person,
in: Festschrift für Ernst Gessler,
München 1971, S. 3-45
- Friedrich, Werner** Zur Realisierung stiller Reserven
bei der Einbringung von Betriebsver-
mögen in eine Kapitalgesellschaft,
in: DB 1962, S. 313-315
- Gadow** Der Eintritt der Aktiengesellschaft
in die vor ihrer Entstehung begrün-
deten Rechtsverhältnisse,
in: JhJb 87 (1937/38), S. 245-268
- Gadow-Heinichen** vgl.: Großkommentar zum Aktiengesetz
- Gansmüller, Helmut** Die werbende Vor-GmbH,
in: GmbH-Rdsch 1953, S. 116-120
- ders. Die Vorgesellschaft auf mangelhafter
Grundlage, in: DB 1955, S. 713-715
- ders. Zur Rechtsnatur der Vorgesellschaf-
ten, in: NJW 1956, S. 1186-1188
- ders. Zum Recht der Vor-GmbH, insbesondere
im Falle ihrer Liquidation,
in: GmbH-Rdsch 1963, S. 101-105

- Ganßmüller, Helmut Fragen aus dem Recht der Vorgesellschaften,
in: GmbH-Rdsch 1967, S. 25-29,
S. 75-81
- ders. Wieder einmal: Zur Vor-GmbH,
in: GmbH-Rdsch 1970, S. 170-173
- Georgakopoulos, Leonidas Die Gründung der Aktiengesellschaft,
zugleich Versuch eines Beitrags zur
Lehre von der juristischen Person.
Hamburg 1959
- Gessler, Jörg Aktienrecht. Kommentar.
3. Aufl., Frankfurt 1970
- Gierke, Julius von Handelsrecht und Schiffahrtsrecht.
8. Aufl., Berlin 1958
- ders. Das Handelsunternehmen,
in: ZHR 111 (1948), S. 1-17
- Gierke, Otto von Die Genossenschaftstheorie und die
deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887
(Nachdruck: Hildesheim 1963)
- Godin, Reinhard von Probleme nach § 34 AktG,
in: AcP 147 (1941), S. 26-42
- Godin-Wilhelmi Aktiengesetz. Kommentar. Band 1
3. Aufl., Berlin 1967
- Goerdeler, Reinhard Probleme der Sachgründung bei einer
Reform des GmbH-Rechts.
in: Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechts-
gebieten.
Festschrift für Walter Schmidt.
Berlin 1959 (S. 138-153)
- Großkommentar zum
Aktiengesetz Aktiengesetz. Kommentar.
1. Aufl., Berlin 1939
(zitiert: Großk. AktG 1. Aufl.)
2. Aufl. (Band 1), Berlin 1961
(zitiert: Großk. AktG 2. Aufl.)
3. Aufl. (1.u.2.Lfg.), Berlin 1970/71
(zitiert: Großk. AktG)
- Großkommentar zum
Handelsgesetzbuch Handelsgesetzbuch. Großkommentar.
Band 1
3. Aufl., Berlin 1967
(zitiert: Großk. HGB)

- Haberkorn, Kurt Rechtliche Struktur der werdenden Kapitalgesellschaft,
in: BB 1962, S. 1408-1411
- ders. Verhältnis der Vorgesellschaft zur eingetragenen Gesellschaft,
in: MDR 1962, S. 350-352
- ders. Eintritt der Handelsgesellschaft in die vor ihrer Eintragung ins Handelsregister begründeten Rechtsverhältnisse,
in: MDR 1964, S. 554-558
- Hachenburg, Max Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Erster Band.
6. Aufl., Berlin 1956
- Haupt-Reinhardt Gesellschaftsrecht.
4. Aufl., Tübingen 1952
- Heck, Philipp Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1932
- Heim, Justus Berechtigung und Verpflichtung der Aktiengesellschaft aus Verträgen vor ihrer Eintragung,
in: ZHR 108 (1941), S. 181-213
- Herbig Beitrag zum Recht der Sacheinlage,
in: DNotZ 1936, S. 332-345
- Heymann, Ernst Die nicht eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung im deutsch-
ausländischen Rechtsverkehr,
in: JhJb 75 (1925), S. 408-454
- Horn, Hans-Rudolf Die Vorgesellschaft in der höchst-
richterlichen Rechtsprechung,
in: NJW 1964, S. 86-90
- Hueck, Alfred Das Recht der offenen Handelsgesellschaft.
3. Aufl., Berlin 1964
- ders. Gesellschaftsrecht, Studienbuch.
15. Aufl., München 1970
- Jacobi, Ernst Wechsel- und Scheckrecht.
Berlin 1955
- Kölner Kommentar Kölner Kommentar zum Aktiengesetz.
Hrsg. von W. Zöllner. (1.u.2.Lfg.)
Köln-Berlin-Bonn-München 1970

- Kuhn, Georg Die Vorgesellschaft,
in: Wertpapier-Mitteilungen 1956,
Sonderbeilage Nr. 5
- Lange, Friedrich Sacheinlagen bei den privatrecht-
lichen Korporationen.
Diss. Halle 1936
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts.
1. Band: Allgemeiner Teil.
10. Aufl., München 1970
- ders. Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft. 2. Aufl.
Berlin-Heidelberg-New York 1969
- Lehmann-Dietz Gesellschaftsrecht.
3. Aufl., neu bearb. von Dietz,
Berlin und Frankfurt/M 1970
- Lehmann, Karl Das Recht der Aktiengesellschaften.
Berlin 1898/1904
(Neudruck: Aalen 1964)
- Lehmann-Hoeniger Handelsrecht. 1. Band, 1. Hälfte
3. Aufl., Berlin-Leipzig 1921
- Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht. Studienbuch.
15. Aufl., München 1970
- ders. Zwangsvollstreckungs- und Konkurs-
recht. Studienbuch.
11. Aufl., München 1969
- Lieb, Manfred Abschied von der Handlungshaftung,
in: DB 1970, S. 961-968
- Ludewig, Wilhelm Der Erwerb von Grundstücken im
Errichtungsstadium einer Aktien-
gesellschaft,
in: LZ 1933, S. 415-422
- Lutter, Marcus Kapital, Sicherung der Kapitalauf-
bringung und Kapitalerhaltung in
den Aktien- und GmbH-Rechten der
EWG. Karlsruhe 1964
- Mann, Fritz Alexander Die Sachgründung im Aktienrecht.
(Heft 7 der wirtschaftsrechtlichen
Abhandlungen, hrsg. von Geiler)
Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
- Merkert, Erich Der Gesellschafterwechsel im Grün-
dungsstadium der GmbH,
in: BB 1951, S. 322 f.

- Möhring-Tank Gesellschaftsrecht,
in: Handbuch der Aktiengesellschaft,
Teil 1, Köln-Marienburg 1967
- Müller-Erzbach, Rudolf Das private Recht der Mitgliedschaft
als Prüfstein eines kausalen Rechts-
denkens. Weimar 1948
(zitiert: Mitgliedschaft)
- ders. Deutsches Handelsrecht.
2./3. Aufl., Tübingen 1928
- Neumann-Duesberg Anmerkung zum Urteil des LAG Stuttgart
vom 24.7.1953 II Sa 270/52,
in: SAE 1954, S. 74-81
- Otto, Heinz G.C. Die Haftung aus einem von der Vorge-
sellschaft aufgenommenen Geschäfts-
betrieb, insbesondere gegenüber
Arbeitnehmern,
in: BB 1954, S. 572-575
- Passow, Richard Die Aktiengesellschaft. Eine wirt-
schaftswissenschaftliche Studie.
2. Aufl., Jena 1922
- Paul, W. Ausschuß aus der zweigliedrigen
Vor-GmbH,
in: NJW 1947/48, S. 417-419
- Pisko, Oskar Das kaufmännische Unternehmen,
in: Ehrenberg, Handbuch für das ge-
samte Handelsrecht, Band 2
Leipzig 1918 (S. 195 ff.)
- Pleyer, Klemens Sacheinlagen vor Eintragung im
Handelsregister,
in: GmbH-Rdsch 1959, S. 94 f.
- Rehm, H. Die Einlage von Sachgesamtheiten
bei Aktiengesellschaft und Gesell-
schaft m.b.H.,
in: Archiv für Bürgerliches Recht
Bd. 22 (1903), S. 119-142
- Reinecke, Günter Rückgriffshaftung bei der Vorberei-
tungsgesellschaft,
in: AG 1962, S. 66-70
- Riedel-Rabe Die Vorhaftung bei der Vorgesell-
schaft,
in: NJW 1966, S. 1004-1009 und
in: NJW 1968, S. 873-877

- Riedel, Erwin Gilt die Vorhaftung der Handelnden bei Vorgesellschaften auch gegenüber Gesellschafter-Gläubigern?
in: NJW 1970, S. 404-408
- ders. Die Vertretungsmacht bei Handlungen für die werdenden Kapitalgesellschaften, in: NJW 1971, S. 351-355
- Ritter, Carl Aktiengesetz. Kommentar.
2. Aufl., Berlin und München 1939
- Ruth, Rudolf Eintritt und Austritt von Mitgliedern, in: ZHR 88 (1926), S. 454-543
- Schlegelberger-
 Quassowski Kommentar zum Aktiengesetz.
3. Aufl., Berlin 1939
- Schlegelberger Handelsgesetzbuch
1. und 2. Band, 4. Aufl.,
Berlin und Frankfurt/M 1960/63
- Schmalenbach, Eugen Die Aktiengesellschaft,
7. Aufl., Köln-Opladen 1950
- Schnorr v. Carolsfeld Bemerkungen zum Aktienrecht.
(Zugleich Bespr. des Großkommentars zum Aktienrecht, 2. Aufl.)
in: DNotZ 1963, S. 404-421
- Scholz, Franz Die Haftung der Gründergesellschaft, in: JW 1938, S. 3149-3154
- ders. Die Haftung des Handelnden in der Vor-GmbH,
in: GmbH-Rdsch 1956, S. 3-7
- ders. Kommentar zum GmbH-Gesetz.
5. Aufl., Köln-Marienburg 1964
- Schreiber, Otto Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. München 1925
- Schultze-v.Lasaulx, H.A. Zur Stellung des nichtrechtsfähigen Vereins im Handelsrecht,
in: Festschrift für Alfred Schultze, Weimar 1934, S. 1-31
- ders. Die unechte Vorgesellschaft,
in: JZ 1952, S. 390-395
- ders. Gedanken zur Rechtsnatur der sogenannten Vorgesellschaft,
in: Festschrift für Karl Olivekrona, Stockholm 1964, S. 576-609

- Schumann, Hans Handelsrecht (Band 1)
Wiesbaden 1958
- ders. Zur Haftung der nichtrechtsfähigen
Vereine.
Köln-Berlin 1956
- Sengelmann, Eugenie Die Sachübernahme im Aktienrecht.
Diss. Hamburg 1965
- Serick, Rolf Rechtsform und Realität juristi-
scher Personen.
Berlin und Tübingen 1955
- Söllner, Alfred Arbeitsrecht.
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar
(Band 1-3), 10. Aufl.,
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967/69
- Staub, Hermann Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
14. Aufl., Erster Band, Berlin und
Leipzig 1932
Zweiter Band, 1933
(zitiert: Staub-Pinner)
- Stoll, Heinrich Gegenwärtige Lage der Vereine ohne
Rechtsfähigkeit,
in: "Die RG-Praxis im deutschen
Rechtsleben", Festgabe der jur.
Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen
des RG, 2. Band,
Berlin und Leipzig 1929, S. 49-81
- Sudhoff, Heinrich Die Haftung im Gründungsstadium,
in: GmbH-Rdsch 1965, S. 107-111
- Teichmann-Köhler Aktiengesetz. Kommentar
3. Aufl., Heidelberg 1950
- Thiel, Rudolf Handelsrechtliche und steuerrecht-
liche Bewertung von Sacheinlagen
bei der Kapitalgesellschaft,
in: DB 1960, S. 300-303; S. 334-336
- Ulmer, Peter Die Gründung der GmbH,
in: Probleme der GmbH-Reform,
Köln 1970, S. 42-62
- Wagner, Klaus Gesellschaftsrecht.
Göttingen 1970
- Wapler, Wolfgang Nichtrechtsfähige Vereine als
Kläger im Zivilprozeß,
in: NJW 1961, S. 439-441

- Wiedemann, Herbert Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH,
in: Wiedemann-Bär-Dabin, Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, S. 5-61,
Frankfurt/M-Berlin 1968
- ders. Sacheinlagen in der GmbH,
in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, S. 257-265,
Berlin 1968
- ders. Das Rätsel Vorgesellschaft,
in: Juristische Analysen 1970, S. 439-465
- Wieland, Karl Handelsrecht. 1. und 2. Band,
München und Leipzig 1921/1931
- Winden, Kurt Haften die Gesellschafter einer Vor-GmbH unbeschränkt?
in: DB 1952, S. 840
- Würdinger, Hans Aktien- und Konzernrecht.
2. Aufl., Karlsruhe 1966
(1. Aufl., Karlsruhe 1959)

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft; auch: Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Reichsabgabenordnung
AT	Allgemeiner Teil
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
arg.	argumentum
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof; auch: Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
eGmbH	eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht
erl.	erläutert

f.	folgende Seite; folgender Paragraph
ff.	folgende Seiten; folgende Paragraphen
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
GenG	Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-Rdsch	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
Großk.	Großkommentar
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot
h.A.	herrschende Ansicht
Halbs.	Halbsatz
Hdbch.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HR	Handelsrecht
insbes.	insbesondere
i.V.	in Verbindung
JhJb	Jhrings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JurA	Juristische Analysen (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft; Kammergericht (bei Entscheidungshinweisen)
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
Komm.	Kommentar
LAG	Landesarbeitsgericht
Lfg.	Lieferung
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

NJW Nr.	Neue Juristische Wochenschrift Nummer
OHG OLG OLGE	Offene Handelsgesellschaft Oberlandesgericht Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Entscheidungssammlung
Rdn. Recht RFH	Randnummer Das Recht (Zeitschrift) Reichsfinanzhof; auch: Sammlung der Entschei- dungen des Reichsfinanzhofs
RG RGZ	Reichsgericht Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- sachen
Rspr.	Rechtsprechung
§. SAE SozPr Sp. StGB str.	Seite; Satz (bei Rechtsnormen) Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen Soziale Praxis (Zeitschrift) Spalte Strafgesetzbuch streitig
u. u.a. UmwG UmwStG usw. u.U. UWG	und unter anderem Umwandlungsgesetz Umwandlungssteuergesetz und so weiter unter Umständen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerglO vgl.	Vergleichsordnung vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
ZHR ZPO zust.	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht Zivilprozeßordnung zustimmend

E i n l e i t u n g

Die Aktiengesellschaft erhält ihre Kapitalausstattung durch Einlagen der Aktionäre; das Kapital können die Aktionäre durch Einzahlungen oder andere Leistungen aufbringen; das Gesetz definiert in § 27 I AktG sämtliche Einlagen, die nicht durch Einzahlung zu leisten sind, als Sacheinlagen. Gründungen mit Sacheinlagen bezeichnet man auch als Sachgründungen¹⁾.

Ein praktisch bedeutsamer Fall der Sachgründung ist die Einbringung eines Handelsgeschäfts; für Handelsgeschäft benutzt man häufig auch die Bezeichnung Handelsunternehmen. Mit Gierke²⁾ läßt sich das Handelsgeschäft als der kaufmännische Tätigkeitsbereich ansehen, dem Sachen und Rechte ein- und angegliedert sind und zu dem die Geschäftsverbindlichkeiten gehören; man spricht deshalb auch von einer wirtschaftlichen Einheit³⁾; Handelsgeschäfte können Einzelkaufleuten, Erbengemeinschaften nach einem Einzelkaufmann, Personenhandelsgesellschaften und juristischen Personen zugeordnet sein.

Für Sachgründungen mit einem "Unternehmen" als Einlagegegenstand bestehen Sondervorschriften in § 31 und § 32 II Nr. 3. Bietet das Sachgründungsrecht - außer diesen beiden Bestimmungen - keine weiteren Regelungen für die Unternehmenseinlage, so sollte folgendes nicht unerwähnt bleiben: Frühere Gesetzesverfasser⁴⁾ haben die Sacheinlage vor allem deshalb ermöglicht und beibehalten, damit ein bisher unter anderer Rechtsform betriebenes Handelsunternehmen in eine AG eingebracht werden konnte. Insbesondere sollten dadurch die Vorteile einer AG - wie z.B. die Haf-

-
- 1) Auch bei Sachübernahmen spricht man von "Sachgründung".
 - 2) J.v.Gierke, Handelsrecht, S. 72; in ZHR 111, S. 1-17; Würdinger, in Großk. HGB, § 22 Anm. 2
 - 3) Es ist nicht erforderlich, daß der Erwerber des Unternehmens sämtliche Aktiven und Passiven übernimmt, vgl. dazu Würdinger, in Großk. HGB, § 22 Anm. 6 ff.
 - 4) Vgl. Motive 1884, S. 81

tungsbeschränkung der Aktionäre, Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens, Besonderheiten der Organisation, leichte Veräußerlichkeit der Mitgliedschaftsanteile - auch für bereits bestehende Handelsgeschäfte nutzbar gemacht werden.

Nach der heutigen Rechtslage ist die Einbringung eines Handelsgeschäfts als Sacheinlage in folgenden Fällen von Bedeutung:

Soll für das Handelsunternehmen eines Einzelkaufmanns oder einer Personenhandelsgesellschaft¹⁾ die Rechtsform der AG angenommen werden, so kann der Weg über die Sachgründung in Betracht kommen; es kann in diesen Fällen aber auch die erleichterte "Umwandlung" nach dem UmwG von 1969, §§ 40 ff., §§ 50 ff. UmwG möglich sein²⁾. Das UmwG greift z.B. nicht ein und es bleibt nur der Weg über die Sachgründung, wenn das Geschäftsvermögen einschließlich der Verbindlichkeiten nur teilweise auf die AG übergehen soll, arg. §§ 41 I 2 Nr. 2, 44 I 2; 51 I 2 Nr. 2 UmwG; auf das UmwG kann man sich auch dann nicht stützen, wenn bei Personenhandelsgesellschaften ein Interesse besteht, die Gesellschaft nicht aufzulösen³⁾. Außerdem ist das UmwG unanwendbar, wenn das zu übertragende Geschäftsvermögen nicht den Mindestnennbetrag des Grundkapitals von einhunderttausend Deutsche Mark erreicht, arg. §§ 7 AktG; 41 II, 51 II UmwG.

Bei den einzelkaufmännischen Unternehmen und den Personenhandelsgesellschaften sind verschiedene Gründe für die Änderung der Rechtsform ausschlaggebend: Steuerliche, haftungsrechtliche oder organisatorische Überlegungen spielen

-
- 1) Bei der Umwandlung jur. Personen in eine AG kommen die Sondervorschriften in §§ 362 ff. AktG in Betracht.
 - 2) Umwandlungsgesetz in der Fassung vom 6.11.1969, BGBI. I, S. 2081
 - 3) Gemäß § 44 I 3 UmwG wird die Personenhandelsgesellschaft kraft Gesetzes aufgelöst. Ein Interesse an dem Fortbestand der Personengesellschaft kann sich z.B. ergeben, wenn sie als Verwaltungsgesellschaft für den Wertpapierbesitz tätig werden soll.

hier eine Rolle. Außerdem sind noch folgende, im Schrifttum genannten Motive zu nennen¹⁾: Ein Handelsgeschäft soll unter gleichzeitiger Risikobeschränkung erweitert und auf eine breitere Grundlage gestellt werden: Es wird zusätzliches Geld oder es werden sonstige Gegenstände, wie z.B. Grundstücke oder Patente benötigt; zu diesem Zweck schließen sich der oder die bisherigen Geschäftsinhaber mit Personen zusammen, die über diese Gegenstände verfügen und in die gemeinsame AG einbringen sollen.

Einen anderen Fall betrifft die "Sanierungsgründung": Ein Unternehmen ist in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten; um den endgültigen Zusammenbruch zu verhindern und das Unternehmen zu erhalten, schließt sich der bisherige Unternehmensinhaber mit seinen Hauptgläubigern zusammen und bildet mit ihnen eine AG. Jener bringt das Unternehmen ein, die Gläubiger ihre Forderungen; durch späteren Verkauf der Mitgliedschaftsanteile erhoffen die Gläubiger, einen Erlös für ihre ursprünglichen Forderungen zu erhalten²⁾.

Die Einbringung eines Handelsgeschäfts ist auch bei Erbgemeinschaften bedeutsam, wenn sich im Nachlaßvermögen ein Handelsunternehmen befindet: Keiner der Erben ist willens oder in der Lage, das Unternehmen allein als Einzelkaufmann oder mit den anderen als Personenhandelsgesellschaft fortzuführen; um die Erbteilung zu erleichtern und dennoch das Unternehmen zu erhalten, bringen sie es in eine von ihnen gebildete AG ein³⁾. In diesen Fällen ist nur der Weg über die Sachgründung möglich; denn das UmwG betrifft in den §§ 40 ff., 50 ff. nur die "Personenhandelsgesellschaft" (= OHG, KG) und den "Einzelkaufmann". Die "Erbgemeinschaft" als Inhaberin eines Handelsgeschäfts⁴⁾ läßt sich

1) Vgl. Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 30
Schmalenbach, S. 84-86; Würdinger, S. 93

2) Vgl. Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 30
Schmalenbach, S. 84-86

3) Vgl. Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 30

4) Vgl. hierzu Fischer, in Großk. HGB, § 105 Anm. 65-67

jedoch nicht unter diese Begriffe subsumieren. Denkbar wäre allenfalls, daß in solchen Fällen zunächst eine Personenhandels-gesellschaft gebildet wird und anschließend die Umwandlung in eine AG gemäß §§ 40 ff. UmwG vorgenommen wird: Diese Lösung ist jedoch nicht praktikabel, denn sie würde einen oder sämtliche Erben mit der unbeschränkten persönlichen Haftung belasten; außerdem müßte das Geschäftsvermögen zweimal übertragen werden, von der Erbgemeinschaft auf die Personenhandels-gesellschaft, von dieser auf die AG; dadurch würden größere Kosten als bei einer Sachgründung entstehen.

Ein weiterer Anwendungsfall für die Unternehmenseinlage erinnert an die im AktG geregelte "Verschmelzung": Zwei oder mehrere selbständige Handelsgeschäfte sollen zu einem einheitlichen Handelsunternehmen mit der Rechtsform der AG zusammengefaßt werden¹⁾. Solche Unternehmenszusammenschlüsse in einer neu gebildeten AG kommen für diejenigen Fälle in Betracht, die nicht in den §§ 339 ff. AktG erfaßt sind. Wirtschaftlicher Anlaß für die Zusammenfassung mehrerer Handelsgeschäfte in einem nunmehr einheitlichen Unternehmen können Rationalisierungsgründe sein; es kann beabsichtigt sein, die Wettbewerbsposition durch ein größeres und einheitliches Unternehmen zu steigern.

Die Überleitung eines Handelsgeschäfts in eine zu gründende AG wirft eine Fülle interessanter handels- und gesellschaftsrechtlicher Fragen auf. Erstaunlicherweise hat selbst die praktische Bedeutung einer solchen Sachgründung bisher noch nicht vermocht, das wissenschaftliche Interesse auf eine geschlossene und systematische Behandlung der dabei entstehenden rechtlichen Probleme zu lenken. Häufig genug ergeben sich im Schrifttum lediglich Stellungnahmen zu Einzelproblemen; oftmals betreffen die Überlegungen nur Fälle aus dem - ähnlich gelagerten - GmbH-Recht oder es

1) Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 30
Schmalenbach, S. 84-86
Würdinger, S. 93

werden nur allgemein gehaltene Auffassungen angeboten; teilweise lassen sich dabei beachtliche Meinungsunterschiede verzeichnen.

Die weiteren Untersuchungen gliedern sich wie folgt:

Im 1. Teil der Arbeit werden wir uns der schuldrechtlichen und im 2. Teil der dinglichen Seite der Einbringung eines Handelsunternehmens in eine zu gründende AG zuwenden¹⁾. Das Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft bezeichnen wir dabei als "Sacheinlagegeschäft" und unterscheiden demzufolge den schuldrechtlichen und den dinglichen Teil des Sacheinlagegeschäfts. Den Ausdruck "Sacheinlagegeschäft" benutzen wir, um den rechtsgeschäftlichen Tatbestand von dem Objekt dieses Rechtsgeschäfts - der Sacheinlage - deutlich zu unterscheiden²⁾.

-
- 1) Nicht zu dieser Untersuchung gehören also die andersgelagerten Fälle der "Umwandlung" gemäß §§ 40 ff., 50 ff. UmwG.
 - 2) Im Schrifttum wird der Ausdruck "Sacheinlage" zuweilen in einem dreifachen Sinn gebraucht:
Man meint damit - wie in § 27 I AktG - den Sacheinlage-"gegenstand"; oder man bezeichnet die Vereinbarung, einen Sacheinlagegegenstand in die AG einzubringen, auf diese Weise; schließlich wird der Ausdruck "Sacheinlage" auch für das Erfüllungsgeschäft benutzt.
Vgl. z.B. Gadow, in Großk. AktG (1.Aufl.), § 20 Anm. 12
Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 2 f.

1. Teil :

Schuldrechtlicher Teil des Sacheinlagegeschäfts

Nach dem Gesetz gehören zur Entstehung von Sacheinlagepflichten: "Verträge über Sacheinlagen", vgl. §§ 27 II 1, 37 III Nr. 2 ¹⁾ und die "Festsetzung" bestimmter Punkte dieser Verträge in der Satzung, vgl. § 27 I.

"Vertrag" und "Festsetzung" sind demnach auseinander zu halten. Freilich können sich Vertrag und Festsetzung inhaltlich entsprechen. Dies braucht aber nicht zu sein, denn der "Vertrag" über die Sacheinlage kann zusätzliche Abreden enthalten, die über die Erfordernisse der "Festsetzung" hinausgehen ²⁾. Hinzu kommt noch folgendes: Entsprechend den "Festsetzungen" können Rechtswirkungen nur dann eintreten, wenn ein inhaltlich wirksamer "Vertrag" besteht. Ist der "Vertrag" unwirksam, so ergibt sich keine Sacheinlagepflicht, auch wenn die "Festsetzungen" ordnungsgemäß in der Satzung erfolgt sind; der von der Sacheinlagepflicht befreite Gründer muß in solchen Fällen, wie das Gesetz in § 27 II 3 anordnet, einen bestimmten Geldbetrag einzahlen ³⁾.

Entsprechend dieser gesetzlichen Unterscheidung werden auch die folgenden Ausführungen unterteilt: Zunächst interessieren die Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem "Vertrag" (A), sodann die Probleme der "Festsetzung" (B).

-
- 1) Vorschriften ohne Gesetzesangabe sind im folgenden die Bestimmungen des AktG.
 - 2) Vgl. dazu den Wortlaut in § 27 II 1: "... ohne d i e s e Festsetzung ..." in Verbindung mit § 27 I, wo die Punkte "dieser" Festsetzung angeführt werden.
 - 3) Zur Unterscheidung von "Vertrag" und "Festsetzung" vgl. auch Barz, in Großk., § 27 Anm. 3, 25; Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 9

A. Der Vertrag über die Sacheinlage

I. Problemstellung

Die Sacheinlage dient genau wie die Bareinlage der Kapitalaufbringung. Das aufzubringende Kapital legen die Gründer ziffernmäßig in der Satzung fest, § 23 III Nr. 3. Grundlage dieser Festlegungen ist die Währungseinheit Deutsche Mark, die nicht nur als Rechnungseinheit, sondern zugleich als Wertmaßstab zu verstehen ist.

Handelt es sich um Bareinlagen, so geben die in der Satzung festgehaltenen Beträge (§ 23 II, III Nr. 3) an, inwieweit sich der einzelne Bareinleger an der Kapitalaufbringung beteiligt und welchen "Wert" er der AG zuwendet. - Schwieriger verhält es sich bei den Sacheinlagen, denn deren "Wert"¹⁾ ist ja nicht wie bei den Geldeinlagen sofort erkennbar, sondern ist zuvor durch Bewertung zu ermitteln. Sobald man sich aber in zutreffender Weise über den Wert der Sacheinlage verständigt hat, läßt sich aus den Festlegungen in der Satzung - wie bei den Bareinlegern - entnehmen, inwieweit der Sacheinleger an der Kapitalaufbringung Anteil hat und welchen Wert er der AG zuführt.

Welche praktischen Schwierigkeiten eine zutreffende Bewertung der Sacheinlage aufwirft, sei nicht verkannt. Wir wollen jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht versuchen, Bewertungsgrundsätze für Sacheinlagen und dabei insbesondere für ein Handelsgeschäft zu behandeln:

Dies ist vornehmlich ein wirtschaftswissenschaftliches Problem. Wir wollen davon ausgehen, daß es allgemein anerkannte Methoden gibt, den Wert eines Handelsgeschäfts festzustellen.

1) Von dem "Wert" der Sacheinlage spricht das AktG in §§ 34 I Nr. 2, 38 II 2.
Zu den Bedeutungsmöglichkeiten des Ausdrucks "Wert" vgl. Lutter, S. 251-254

Das rechtliche Interesse setzt bei der Frage ein, ob dem "Vertrag" über die Sacheinlage (Sacheinlagevertrag) ein beliebig vereinbarter Wert zugrundeliegen darf oder nicht. Wenn letzteres der Fall ist, so läßt sich fragen:

Welche rechtlichen Auswirkungen ergeben sich, wenn der vereinbarte Wert des einzubringenden Unternehmens von dem wirklichen Wert abweicht¹⁾? Dabei kann man weiter erörtern, ob es in der rechtlichen Beurteilung einen Unterschied macht, wenn der vereinbarte und tatsächliche Wert bereits im Vereinbarungszeitpunkt voneinander abweichen oder wenn beide Werte zunächst übereinstimmten, jedoch infolge später eingetretener Umstände im Erfüllungszeitpunkt auseinanderfallen.

Die einzelnen Möglichkeiten seien in folgendem Beispiel aufgezeigt:

Nehmen wir an, ein Gründer habe Aktien zu einem Nennbetrag von DM 100.000 übernommen; für diesen Betrag soll ein Handelsgeschäft als Sacheinlage in die AG eingebracht werden.

- 1) Unter Heranziehung anerkannter Bewertungsmethoden ergibt sich für die Sacheinlage ein Wert von DM 100.000; dieser Betrag liegt dem Sacheinlagevertrag zugrunde: Vereinbarter und tatsächlicher Wert stimmen überein.
- 2) Bei allgemeingültigen Bewertungsmethoden ergibt sich lediglich ein Wert von DM 60.000; das Handelsgeschäft ist aber zu DM 100.000 dem Sacheinlagevertrag zugrundegelegt worden: Vereinbarter und wirklicher Wert weichen voneinander ab; die Sacheinlage ist tatsächlich weniger wert als im Sacheinlagever-

1) Unter dem "wirklichen" oder "tatsächlichen" Wert wollen wir den Betrag verstehen, der sich auf der Grundlage allgemein anerkannter und dem Gesetz entsprechender Bewertungsmethoden ergibt. (Vgl. z.B. §§ 39 f. HGB; 42 GmbHG; 153 ff. AktG)

trag verlautbart; in diesem Fall spricht man auch von einer "Überbewertung" der Sacheinlage.

- 3) Der wirkliche Wert des Handelsgeschäfts beträgt DM 140.000; die Sacheinlage wird jedoch lediglich mit dem Betrag von DM 100.000 dem Sacheinlagevertrag zugrundegelegt: Auch hier stimmen der vereinbarte und der tatsächliche Wert nicht überein; die Sacheinlage ist in Wirklichkeit mehr wert als im Sacheinlagevertrag verlautbart; in diesem Fall spricht man auch von einer "Unterbewertung" der Einlage.
- 4) Der tatsächliche Wert des Handelsgeschäfts beträgt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses DM 100.000 und wird in dieser Weise dem Sacheinlagevertrag zugrundegelegt (wie in Fall 1). Infolge später eingetretener Umstände ist jedoch der wirkliche Wert des einzulegenden Unternehmens bis zum Erfüllungszeitpunkt auf den Betrag von DM 60.000 gesunken.
- 5) Der tatsächliche Wert des einzubringenden Unternehmens hat wie in Fall 4 zunächst DM 100.000 betragen, ist jedoch bis zum Erfüllungszeitpunkt auf DM 140.000 gestiegen.

Ob dem Sacheinlagevertrag ein "beliebig vereinbarter" Wert zugrundeliegen darf, hängt von dem Umfang der Vertragsfreiheit ab. Das AktG gibt in einzelnen Bestimmungen zu erkennen, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit Einschränkungen erleidet und die Vorschriften des Aktienrechts prinzipiell zwingendes Recht beinhalten, vgl. § 23 Abs. 5 AktG. Für die Sacheinlage wird z.B. in § 32 II 1 AktG gesagt, daß im Gründungsbericht die wesentlichen Umstände darzulegen sind, von denen die "Angemessenheit" der Leistungen für Sacheinlagen abhängt. § 38 II 2 AktG sieht vor, daß das Registergericht die Eintragung der AG

ablehnen k a n n , wenn es der Auffassung ist, der Wert der Sacheinlage bleibe nicht "unwesentlich" hinter dem Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien zurück.

Leider beantworten die Gründungsvorschriften nicht direkt, ob dem Sacheinlagevertrag - wie in den fünf Beispielsfällen aufgezeigt - ein beliebig vereinbarter Wert zugrundeliegen darf: Das AktG enthält auch keine unmittelbare Aussage darüber, ob bei Abweichungen des vereinbarten vom tatsächlichen Wert (Fall 2 bis 5) der Sacheinlagevertrag unwirksam wird und ob eine rechtliche Pflicht besteht, die Unterschiedsbeträge durch entsprechende Zahlungen auszugleichen. Rechtsprechung und Lehre vertreten hierzu unterschiedliche Auffassungen.

Um zu diesem Problembereich Stellung nehmen zu können, ist zunächst notwendig, die Grundlagen des Verpflichtungstatbestandes aufzuhellen: Eine Durchsicht von Rechtsprechung und Schrifttum zeigt, daß bereits hier unterschiedliche Ausgangspunkte bestehen (II).

Ist der Bedeutungsgehalt des "Sacheinlagevertrags" festgestellt, so werden wir anschließend untersuchen, welche rechtlichen Auswirkungen sich ergeben, wenn der vereinbarte und der tatsächliche Wert der Sacheinlage voneinander abweichen, sei es im Vereinbarungszeitpunkt oder sei es erst im Erfüllungszeitpunkt (III).

Anhand dieser Grundsätze werden sodann besondere Fälle besprochen, in denen bei der Unternehmenseinlage Abweichungen zwischen zugrundegelegtem und tatsächlichem Wert auftreten (IV).

II. Inhalt des Sacheinlagevertrags

1. Unterschiedliche Begriffsbildung in Rechtsprechung und Lehre

Die Vereinbarung einer Sacheinlage bezeichnen Rechtsprechung und Lehre mit verschiedenen Ausdrücken. So pflegt man häufig von Sacheinlagevertrag zu sprechen, auch von Illationsvertrag, Einlagevertrag, Einbringungsvertrag und Sacheinlageversprechen¹⁾. Wir werden für den weiteren Verlauf der Arbeit von dem Terminus "Sacheinlagevertrag" ausgehen.

Bei den Ausführungen zur rechtlichen Charakterisierung des Sacheinlagevertrags kann man in Rechtsprechung und Schrifttum folgende Übereinstimmungen feststellen: Der Sacheinlagevertrag wird allgemein als "Verpflichtungsvertrag besonderer Art" bezeichnet, der sich nicht in die Vertragstypen des Schuldrechts einordnen läßt. Mag dieser Vertrag wirtschaftlich einem Kauf- oder Tauschvertrag nahe stehen, die "Besonderheit" des Sacheinlagevertrags besteht darin, daß die Einräumung von Mitgliedschaftsrechten eine Rolle spielt; es besteht aber Einigkeit, daß trotz dieser rechtlichen Unterschiede einzelne Vorschriften des Kaufrechts analog anwendbar sein können²⁾.

Diese Gemeinsamkeiten können nicht über grundlegende Meinungsverschiedenheiten hinwegtäuschen, die sich insbesondere im neueren Schrifttum über die Inhaltsbestimmung des Sacheinlagevertrags gebildet haben. Folgende Unterscheidungen lassen sich hier feststellen:

-
- 1) Vgl. dazu BGHZ 29, 300/307; BGHZ 45, 338/345
Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 3
B.-Hueck, § 27 Anm. 5; Kraft, in Kölner Komm., § 27
Anm. 4 ff.; Schilling, in Hachenburg, § 5 Anm. 27
- 2) Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 3
B.-Hueck, § 27 Anm. 5
Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 4 ff.

Nach der herkömmlichen Meinung gehört zum Sacheinlagevertrag die einheitliche Erklärung, Mitglied der AG zu werden, hierfür eine Einlage zu leisten und diese durch eine bestimmte Sacheinlage zu bewirken¹⁾.

Eine andere Lehrmeinung trennt diese Erklärungen²⁾. Sie unterscheidet die Erklärung, Mitglied der AG zu werden und hierfür eine Einlage zu leisten, von der anderen Erklärung bzw. Vereinbarung, die Einlage durch eine bestimmte Sacheinlage zu bewirken; zum "Sacheinlagevertrag" gehört nur die letzte Vereinbarung. Den Unterschied zwischen beiden Rechtsgeschäften bezeichnet man deshalb auch mit: "Primärem und sekundärem Rechtsgeschäft", "Rechtsgrundgeschäft und Hilfsgeschäft", "Obgeschäft und Wiegeschäft"³⁾. Im Gegensatz zur herkömmlichen Meinung wird also aus dem Inhalt des "Sacheinlagevertrages" die Erklärung, Mitglied der AG zu werden und hierfür eine Einlage zu leisten, eliminiert. Am zweckmäßigsten sprechen wir daher von einem weitergehenden (herkömmliche Meinung) und einem engeren Begriff (neue Lehre) des "Sacheinlagevertrags".

Die unterschiedliche Begriffsbildung zum "Sacheinlagevertrag" deutet an, inwieweit die rechtliche Würdigung zur Entstehung der Sacheinlagepflicht auf verschiedenartigen Ausgangspunkten beruht:

Nach der h.M. steht das Einlageversprechen der Bareinleger neben dem der Sacheinleger; das Sacheinlageversprechen ist ein "Akt des Mitgliedwerdens", "Bestandteil der Mitgliedschaftserklärung" und unterliegt denselben gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen wie sie für die Bareinlage gelten,

-
- 1) BGHZ 29, 300/07 (GmbH); BGHZ 45, 338/45 (GmbH)
Barz, in Grobk. AktG, § 27 Anm. 3; B.-Hueck, § 27 Anm. 5
Crisolli, ZHR 93, 226; Fischer, Rud., in Ehrenberg
Hdbch. III/1, S. 124; Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 3
Lange, Diss. S. 44, 48; Lehmann, K. S. 351 Anm. 1
S. 329 Anm. 4; Rehm, ArchBürgR 22, 119 f.
Staub-Pinner, § 186 Anm. 4, 19
- 2) Kraft, Kölner Komm., § 27 Anm. 4 ff.; Lutter, S. 269
Mann, S. 49 ff., 59 ff., insbes. S. 62 f.
- 3) Mann, S. 49 ff., 59 ff., insbes. S. 62 f.

z.B. Einschränkung der Anfechtung. Konsequenter formuliert lautet diese Meinung: Ein Fortfall des Sacheinlageversprechens beseitigt die Mitgliedschaft und damit jegliche mitgliedschaftliche Verpflichtung¹⁾.

Genau die gegenteilige These liegt der anderen Lehrmeinung²⁾ zugrunde: Denn der Fortfall des Sacheinlageversprechens beseitigt nur diese besondere Vereinbarung, dagegen nicht die davon unabhängige Mitgliedschaftsübernahme; an die Stelle des gesondert vereinbarten Einlagegegenstandes tritt die Einlageart, die ohne besondere Vereinbarung besteht, nämlich die Einzahlung.

Während nach der herkömmlichen Auffassung das Sacheinlageversprechen ausschließlich als körperschaftsrechtliche Regelung anzusehen ist und daher den besonderen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu unterwerfen ist, gilt dies nach der neuen Lehre nur für die "Übernahmeerklärung"; der davon zu trennende Sacheinlagevertrag soll dagegen in den Bereich des Individualrechts gehören.

2. Stellungnahme

Die Auffassung der h.M. beruht vor allem auf einer begrifflichen Deduktion aus der "Einlage"; hieraus werden die beiden Unterbegriffe "Bareinlage" und "Sacheinlage" abgeleitet und demgemäß die Verpflichtungserklärungen von Bar- und Sacheinlegern nebeneinandergestellt.

So bestechend diese Überlegung im ersten Augenblick erscheinen mag, sie geht an der Sache vorbei und vermag die h.M. nicht zu stützen. Das Entscheidende ist: Es liegt beim Gesetzgeber, wie er die Entstehungsgründe von Ver-

-
- 1) Diese Konsequenz wird nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus Begründungen zu anderen Rechtsproblemen, vgl. z.B. BGHZ 29, 300/307 (GmbH) Barz, Großk. AktG, § 27 Anm. 14 B.-Hueck, § 27 Anm. 5
 - 2) Kraft, Kölner Komm., § 27 Anm. 4 ff. Lutter, S. 269; Mann, S. 49 ff., S. 59 ff.

pflichtungen ausgestaltet und welche Unterschiede er macht.

Bei genauer Prüfung lassen sich daher folgende Einwände gegen den weitergehenden Begriff des Sacheinlagevertrags feststellen: Er läßt sich nicht mit dem Gesetz vereinbaren; außerdem bestehen bei der Rechtsanwendung dogmatische Schwierigkeiten und Widersprüche.

Das Gesetz trennt zwischen: "Übernahme der Aktien" und dem "Vertrag" über die Sacheinlage.

Von der "Übernahme" ist in §§ 2, 23 II, 29, 34 I Nr. 1, 37 III Nr. 1 die Rede. Das Gesetz spricht hier den mitgliedschaftlichen Akt a l l e r Gründer an. Durch die "Übernahme" begründen sie ihre Stellung als "Aktionär" und verpflichten sich, einen ziffernmäßig ausgedrückten Kapitalbetrag als Einlage in die AG einzubringen, vgl. § 54 I. Zur "Übernahme" sind also ausnahmslos alle Gründer verpflichtet; ihre Übernahmeerklärungen werden in besonderen Urkunden festgehalten (§ 37 III Nr. 1).

Von diesem Vorgang trennt das Gesetz den "Vertrag" über eine Sacheinlage (§ 27 II). Diese Gegenüberstellung folgt auch aus § 37 III Nr. 1 und Nr. 2, indem zunächst von der "Übernahme" der Aktien, anschließend von dem "Vertrag" über Sacheinlagen gesprochen wird. Der "Vertrag" über eine Sacheinlage erscheint demnach als etwas Nachgeordnetes; er soll nur eine besondere Vereinbarung sein, w i e die mitgliedschaftliche Pflicht aus der "Übernahme" zu erfüllen ist.

Fehlen solche Vereinbarungen, so sagt das Gesetz, wodurch und wie jene Pflicht aus der "Übernahme" der Aktien abzugelten ist. Denn es bestimmt in § 54 II: Die Aktionäre müssen den Betrag "einzahlen", und in § 54 III ist geregelt, wie diese Einzahlung vor der Eintragung der AG zu bewirken ist.

Theoretisch könnten die Gründer auch einen "Bareinlagevertrag" schließen. In ihm könnte geregelt sein, ob die Ein-

zahlung in bar oder durch Banküberweisung zu erfolgen habe und zu welchem Zeitpunkt die Zahlungen zu leisten sind. Soweit nicht ohnehin zwingendes Recht besteht, würden diese Regelungen nur das Gesetz wiederholen; soweit das nicht der Fall ist, hätte eine solche Vereinbarung eigenständige Bedeutung.

Wäre im "Sacheinlagevertrag" die mitgliedschaftliche Erklärung enthalten, wie die herkömmliche Ansicht war, so wäre diese gesetzliche Trennung unverständlich und die "Übernahme" der Aktien erschiene für Sacheinleger überflüssig. Weiterhin dürfte bei unwirksamer Vereinbarung einer Sacheinlage eine Aktionärseigenschaft und damit eine Kapitaleinlagepflicht nach § 54 I nicht entstanden sein. Das Gesetz spricht jedoch in § 27 II 3 aus, bei unwirksam vereinbarter Sacheinlage sei der "Aktionär" verpflichtet, den Nennbetrag oder den höheren Ausgabebetrag einzuzahlen. Die Verpflichtung, den Betrag "einzuzahlen", stellt das Gesetz in § 27 II 3 klar; sie ergibt sich nämlich wegen Fehlens einer wirksamen Sacheinlagevereinbarung aus der "Übernahme" der Aktien und der sich daraus ergebenden Kapitalaufbringungspflicht, vgl. § 54 II i.V. mit § 54 I.

Die ungenügende Trennung der h.M. von "Übernahme" einerseits und "Vertrag über eine Sacheinlage" andererseits führt in der Rechtsanwendung zu Schwierigkeiten und Widersprüchen. Als Beispiel seien aus dem neueren Schrifttum die Behandlung der Formnichtigkeit und Anfechtbarkeit des Sacheinlagevertrags herausgegriffen.

Ist der Sacheinlagevertrag wegen Formmangels (§ 125 S. 1 BGB) nichtig, so besteht keine Pflicht, den in Aussicht genommenen Gegenstand zu leisten; es besteht aber nach h.M. - auch bei den Anhängern des weitergehenden Begriffs

zum "Sacheinlagevertrag"¹⁾ - eine Zahlungspflicht. Barz bemerkt hierzu, § 27 II 3 stelle keine Ausnahmenvorschrift dar, sondern stelle eine Rechtsfolge klar, die sich aus dem aktienrechtlichen Grundsatz für die "Deckungszusage" ergebe²⁾.

Geht man von dieser Stellungnahme im Schrifttum aus, die hier stellvertretend für die herkömmliche Meinung zum Begriff des Sacheinlagevertrags behandelt wird, so dürfte man auf die Zulässigkeit einer Anfechtung des Sacheinlagevertrags schließen; denn die Anfechtung würde ebenfalls - wie in § 125 S. 1 BGB - die Sacheinlagevereinbarung unwirksam machen (§ 142 I BGB) und müßte daher zur Rechtsfolge des § 27 II 3 führen.

In dieser Annahme sieht man sich aber getäuscht:
Eine Anfechtung soll nach Eintragung der AG unzulässig sein, "weil der entstandenen AG die Rechtsgrundlage entzogen würde, eine solche Anfechtungsmöglichkeit verbietet der aktienrechtliche Grundsatz der Erhaltung der Kapitalgrundlage"³⁾.

Wo ist im Unterschied zum ersten Fall die "Deckungszusage" geblieben? Der logische Bruch besteht darin, daß man in der h.M. zweierlei Begriffe des "Sacheinlagevertrags" zugrundelegt, dies zeigt sich aus den Begründungen. In dem Anfechtungsfall geht man von dem herkömmlichen Inhalt aus, also unter Einschluß der Mitgliedschaftserklärung; in dem Beispiel der Formnichtigkeit benutzte man die Auffassung der neuen Lehre, also Sacheinlagevertrag ohne Mitglied-

-
- 1) Barz, GroBk. AktG, § 27 Anm. 15
B.-Hueck, § 27 Anm. 6
Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 15; Würdinger, S. 65
2) Barz, GroBk. AktG, § 27 Anm. 31
3) Barz, aaO, § 27 Anm. 14; B.-Hueck, § 27 Anm. 5
vgl. auch Godin-Wilhelmi, vor § 23 Anm. 7
Schlegelberger-Quassowski, § 20 Anm. 10
Würdinger, S. 65

schaftserklärung¹⁾.

Der von der h.M. zugrundegelegte, weitergehende Begriff des "Sacheinlagevertrags" ist daher abzulehnen.

3. Zusammenfassung

Das Gesetz trennt zwischen der "Übernahme der Aktien" und den "Verträgen über Sacheinlagen".

Mit der "Übernahme" ist der mitgliedschaftliche Akt aller Gründer gemeint: Durch die "Übernahme" begründen sie ihre Stellung als "Aktionär" und verpflichten sich, einen ziffernmäßig ausgedrückten Kapitalbetrag als Einlage in die AG einzubringen (§ 54 I).

Den "Vertrag über die Sacheinlage" (§ 27 II) haben wir hier als "Sacheinlagevertrag" bezeichnet. Durch den Sacheinlagevertrag wird vereinbart, wie die mitgliedschaftliche Einlageverpflichtung aus der "Übernahme" erfüllt werden soll, falls der geschuldete und übernommene Kapitalbetrag nicht "einzuzahlen" (§ 54 II, III) ist. Der "Sacheinlagevertrag" kann erst dann bedeutsam werden, wenn eine "Übernahme" gegeben ist; demnach sind umgekehrt "Verträge über Sacheinlagen" ohne "Übernahme" nicht möglich.

1) Um Mißverständnisse nicht aufkommen zu lassen, sei folgendes klargestellt:
Die Problemlösungen hängen nicht von einer unterschiedlichen Begriffsbildung ab. Dennoch muß die bedenkliche - und, wie sich hier ergab, widersprüchliche - Begriffsbildung der h.M. kritisiert werden, denn bei der wissenschaftlichen Behandlung ist terminologische Exaktheit unbedingt erforderlich. Für die von der h.M. behandelten Rechtsprobleme ergibt sich daraus die Notwendigkeit, ihre Argumentation zu überdenken.
Ob und inwieweit sich mit der hier zugrundegelegten neuen Lehrmeinung andere Ergebnisse zu den Rechtsfragen bei Unmöglichkeit, Anfechtung und Unwirksamkeit der Sacheinlagevereinbarung ergeben, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter untersucht werden; vgl. dazu z.B. Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 54

Dem "Sacheinlagevertrag" liegen folgende Einigungselemente zugrunde:

Einigung darüber, daß der Aktionär berechtigt und verpflichtet sei, einen bestimmten Gegenstand auf die AG zu übertragen.

Einigung darüber, daß durch diesen Gegenstand die nominal umschriebene Einlagepflicht nach § 54 I, die durch die "Übernahme" begründet worden ist, abzugelten sei.

Die Verpflichtung aus der Aktienübernahme (§ 54 I) ist erst dann erloschen, wenn die Sacheinlage ordnungsgemäß bewirkt worden ist.

III. Der Sacheinlagevertrag und die zugrundeliegende Bewertung der Sacheinlage

1. Ausgangspunkt

Einigen sich die Gründer im Rahmen des Sacheinlagevertrags darüber, daß durch den Sacheinlagegegenstand die nominal umschriebene Einlagepflicht eines Aktionärs nach § 54 I abgegolten werden solle, so haben sie durch diese Vereinbarung zugleich eine "Schätzung" oder "Bewertung" des einzubringenden Gegenstandes vorgenommen.

Die Bewertung ist Inhalt des Einbringungsvertrags und der Satzungsfeststellung, wie man im Schrifttum sagt¹⁾.

Auch die Judikatur geht von diesem Zusammenhang zwischen Bewertung und Sacheinlagevertrag aus, wenn sie die Frage prüft: ob der Sacheinlagevertrag unwirksam wird, falls gegen gesunde kaufmännische Bewertungsgrundsätze verstoßen und dadurch der Einlagegegenstand überbewertet wird²⁾.

1) Ballerstedt, Kapital, S. 75
Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 24a
2) BGHZ 29, 300/304-308 (GmbH)

Ist die "Bewertung" oder "Schätzung" ein Bestandteil des Sacheinlagevertrags, so liegt die Frage nahe, welche rechtlichen Auswirkungen sich ergeben, wenn der zugrundegelegte und der tatsächliche Wert der Sacheinlage voneinander abweichen.

Diese Frage wollen wir zunächst für die Fälle untersuchen, in denen die Abweichung bereits im Vereinbarungszeitpunkt besteht (2) ¹⁾; sodann für die Fälle der nachträglichen Abweichung (3) ²⁾.

2. Anfängliche Abweichung zwischen tatsächlichem und vereinbartem Wert des Sacheinlagegegenstandes

Dem Sacheinlagevertrag kann eine Schätzung des Einlagegegenstandes zugrundeliegen, die höher (Überbewertung) oder niedriger (Unterbewertung) als der tatsächliche Wert der Einlage ist. Im ersten Fall erhält die AG in Wirklichkeit einen geringeren und im zweiten Fall einen größeren Kapitalbetrag zugeführt als verlautbart.

In beiden Fällen muß man zunächst fragen, ob das AktG eine derartige Abweichung zuläßt; sodann läßt sich prüfen, welche rechtlichen Auswirkungen sich ergeben.

- a) Der tatsächliche Wert der Sacheinlage erreicht den aufzubringenden Kapitalbetrag nicht (Überbewertung)

Seit der Aktienrechtsnovelle von 1884 gehört zum festen Bestand des Aktienrechts, daß "Ü b e r bewertungen" von Sacheinlagen unzulässig sind. Dies ergibt sich deutlich aus der Entstehungsgeschichte: Ein bedeutsamer Anlaß für jene Gesetzesreform war es, daß die Gründer durch unmäßige Überbewertung von Sacheinlagegegenständen ein scheinbares Grundkapital und damit eine Fülle scheinbarer Werte in

1) Vgl. oben S. 8 f. Beispielsfall 2, 3
2) Vgl. oben S. 9 Beispielsfall 4, 5

Aktien zu schaffen vermochten und unter das Publikum bringen konnten, zum Vorteil der Gründer und zum Nachteil Außenstehender¹⁾. Fortan sollten Schädigungen des Publikums durch die Gründungsprüfung²⁾, Offenlegung der Gründungsvorgänge und umfangreiche Haftungsvorschriften verhindert werden.

Im geltenden Aktienrecht läßt sich die Unzulässigkeit der Überbewertung aus dem Grundgedanken des Unterpariverbots (§ 9 I) herleiten sowie mittelbar aus dem Zweck der Vorschriften über Gründungsprüfung (§§ 32 II 1, 34 I Nr. 2), Publizität und Haftung³⁾.

Eine vom Gesetz mißbilligte "Überbewertung" liegt jedoch nicht nur dann vor, wenn der Wert der Sacheinlage unter dem Nennbetrag der übernommenen Aktien liegt. Die "Überbewertung" ist auch dann gegeben, wenn der Wert der Sacheinlage zwar den Nennbetrag erreicht, jedoch - bei Überpariausgabe - unter dem höheren Ausgabebetrag liegt⁴⁾.

Daß auch dieser zweite Fall eine unzulässige "Überbewertung" darstellt, ergibt sich aus § 54 I und aus § 27 II 3: Die Bestimmung des § 54 I gilt für jeden Aktionär, auch für den Sacheinleger. Dort ist ausgesprochen, daß die Verpflichtung der Aktionäre zur Leistung der Einlagen "durch den Nennbetrag oder den höheren Ausgabebetrag der Aktien" begrenzt wird. Im Fall der Überpariausgabe würde es daher gegen § 54 I verstoßen, wenn der Sacheinleger lediglich

1) Vgl. Motive 1884, S. 83

2) Rechtfertigung für die "Angemessenheit" der Sacheinlage, vgl. Art. 209 g, 209 a ADHGB von 1884

3) Vgl. Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 24a

vgl. auch Herbig, DNotZ 1936, S. 339; Lutter, S. 166

4) Ein Beispiel: Es werden von einem Aktionär Aktien im Nennwert von 100.000 DM mit einem Ausgabekurs von 150 % übernommen; Das von ihm aufzubringende Kapital beträgt also 150.000 DM. Der tatsächliche Wert der dafür erbrachten Sacheinlage beläuft sich aber nur auf 110.000 DM: Auch dies ist eine Überbewertung.

den Nennbetrag und nicht das Agio durch seine Einlage erreichen müßte. Aus diesem Grund ist bei einer unwirksamen Sacheinlagevereinbarung gemäß § 27 II 3 nicht nur der Nennbetrag, sondern - im Fall der Überpariausgabe - auch der "höhere Ausgabebetrag" einzuzahlen.

Welche Rechtsfolgen sich bei einer Überbewertung ergeben, wird unterschiedlich beantwortet.

Teilweise äußert man, die Einbringungsvereinbarung und der ganze Gesellschaftsvertrag würden unwirksam¹⁾. Andere vertreten mit unterschiedlicher Begründung die Ansicht, der Aktionär müsse die Sacheinlage auf die AG übertragen, sei aber zugleich verpflichtet, den Unterschiedsbetrag zwischen übernommenem und tatsächlich erbrachtem Kapital in bar nachzuzahlen²⁾; teilweise wird angenommen, daß der Sacheinleger nur bei einer besonderen Haftungsvereinbarung zur Zahlung verpflichtet sei³⁾.

Bei dieser Meinungskontroverse spielt die rechtliche Würdigung des "Sacheinlagevertrags" eine Rolle. Wer den "Sacheinlagevertrag" in einem weiteren Sinne versteht und meint, dieser Vertrag sei für den betreffenden Aktionär die Grundlage seiner mitgliedschaftlichen Stellung, kann zu dem Ergebnis kommen, daß bei Unwirksamkeit des Einbringungsvertrags auch der Gesellschaftsvertrag als Ganzes un-

-
- 1) BGHZ 29, 300/306 f. (GmbH)
Herbig, DNotZ 1936, S. 339 f.; Lutter, S. 285 differenziert wie folgt: Nichtigkeit des Sacheinlagevertrags bis zur Eintragung der AG; mit der Eintragung wird die Nichtigkeit geheilt. Vgl. auch Schilling, in Hachenburg, § 5 Anm. 28a
 - 2) Vgl. dazu grundlegend für GmbH: Boesebeck, DR 1939, 434/436; Wiedemann, Sacheinlagen, S. 257 ff. m.w.N.
Für die AG: Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 24e
Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 13
Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 56, § 9 Anm. 9
Möhring-Tank, in Hdbch.d.AG I, Rdn. 83, 85, 88
wohl auch Schlegelberger-Quassowsky, § 20 Anm. 3, § 9 Anm. 5
 - 3) Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 45
Lutter, S. 280-285 (282 f.)

wirksam werde (BGH, Herbig). Diese Prämisse haben wir hier abgelehnt:

§ 27 II 3 gibt zu erkennen, daß bei Unwirksamkeit eines Sacheinlagevertrags die mitgliedschaftliche Stellung des Sacheinlegers unberührt bleibt und lediglich statt einer Sach- eine Bareinlage zu erbringen ist.

Umgekehrt ist es dogmatisch wenig befriedigend, von einer völligen Wirksamkeit der Sacheinlagevereinbarung auszugehen und die Zahlungspflicht des Sacheinlegers auf eine "Deckungszusage" zu stützen, wie dies im Schrifttum teilweise geschieht¹⁾.

Geht man von dem aktienrechtlichen Verbot der Überbewertung aus und von dem Umstand, daß die "Bewertung Inhalt des Sacheinlagevertrags" ist, so ist durch dieses Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen worden. Daher liegt es nahe, gemäß § 134 BGB die Unwirksamkeit des Sacheinlagevertrags zu erwägen. Eine genaue Analyse des "Sacheinlagevertrags" und der aktienrechtlichen Vorschriften zeigt jedoch, daß lediglich eine Teilnichtigkeit gegeben ist und der Sacheinlagevertrag nach dem Grundgedanken des § 139 BGB nicht vollständig unwirksam wird.

Nach unseren früheren Ausführungen beinhaltet der Sacheinlagevertrag zwei Einigungskomponenten:

- 1) Einigung darüber, daß der Aktionär berechtigt und verpflichtet sei, einen bestimmten Gegenstand auf die AG zu übertragen.
- 2) Einigung darüber, daß durch diesen Gegenstand die nominal umschriebene Einlagepflicht nach § 54 I abzugelten sei.

Im Fall der Überbewertung wird nur ein Teil der Sacheinlagevereinbarung, nämlich die zweite Einigungskomponente mißbilligt. Diese Teilnichtigkeit macht entsprechend

1) Boesebeck, Wiedemann aaO.
Barz, Godin-Wilhelmi, Möhring-Tank aaO.

dem Grundgedanken des § 139 BGB nicht den ganzen Sacheinlagevertrag unwirksam:

Bei völliger Unwirksamkeit bestünde gemäß § 27 II 3 AktG eine Barzahlungspflicht des betreffenden Aktionärs; damit wäre jedoch der AG und dem Aktionär wenig gedient, denn bei beabsichtigten Sachgründungen bildet die Sacheinlage in der Regel den wirtschaftlichen Anlaß zur Gründung; dürfte die Sacheinlage nicht erbracht werden, entfielen damit häufig der Gründungszweck der AG¹⁾.

Sachgerecht ist es daher, wenn der Sacheinlagevertrag nur insoweit als unwirksam anzusehen ist, als die Übernahmeverpflichtung durch eine nicht vollwertige Sacheinlage abgegolten werden soll.

Danach ergibt sich folgendes:

Die Einigung in dem Sacheinlagevertrag, daß durch den Einlagegegenstand die nominal umschriebene Einlagepflicht nach § 54 I abzugelten sei, wird teilweise hinfällig. Die Sacheinlage ist nur soweit zur Kapitalaufbringung geeignet, als es ihrem tatsächlichen Wert entspricht. Hinsichtlich des Unterschiedsbetrages zwischen dem tatsächlichen Wert der Einlage und dem aufzubringenden Aktienkapital fehlt es an einer wirksamen Sacheinlagevereinbarung. Der betreffende Aktionär ist daher gemäß §§ 54 I, 27 II 3 zur Zahlung des Unterschiedsbetrages verpflichtet.

Die eben genannte Rechtsfolge hängt nicht davon ab, ob die Überbewertung schuldhaft oder nicht schuldhaft erfolgt ist²⁾. Denn eine Differenzierung in dieser Hinsicht würde dazu

-
- 1) Man denke vor allem an die Einlage eines Unternehmens.
 - 2) Lutter, S. 282 f., 285 nimmt bei schuldlosen Überbewertungen keine Zahlungspflicht an. Seine Auffassung, die Gründerhaftung nach § 46 sei lex specialis und schließe daher eine verschuldensunabhängige "Haftung" des Sacheinlegers aus, beruht auf einem Irrtum. Die Schadensersatzpflicht nach § 46 und die Erfüllungspflicht des einzelnen Aktionärs nach § 54 I sind verschiedene Dinge, die nicht im Verhältnis lex generalis zu lex specialis stehen.

führen, daß der Sacheinleger in einen Fall von seiner Kapitalaufbringungspflicht gemäß § 54 I teilweise befreit wird, im anderen Fall dagegen nicht. Die Vorschrift des § 54 I gibt für solche Unterscheidungen keinen Raum. Ein Verschulden ist nur dafür von Bedeutung, ob die Gründer - neben der weiterbestehenden Erfüllungspflicht des Sacheinlegers - der AG gegenüber schadensersatzpflichtig geworden sind nach § 46 I, II.

Ebenso kann man sich auch nicht auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit stützen und einwenden: Die Gründer haben sich doch über den Wert geeinigt¹⁾. Dies wäre nämlich eine *petitio principii*. Denn es geht hier um die objektiven Grenzen der Zulässigkeit solcher Vereinbarungen und um die Frage, was sich für den Sacheinleger ergibt, wenn diese Grenzen überschritten werden.

Die Barzahlungspflicht beruht nicht auf einer besonderen "Deckungszusage", "Wertdeckungszusage" oder einem Garantieversprechen des Sacheinlegers, wie häufig im GmbH-Recht argumentiert wird²⁾. Die Pflicht zur Zahlung des Unterschiedsbetrags ergibt sich vielmehr aus der "Übernahme" der Aktien: Durch die "Übernahme" hat sich der Aktionär zur Aufbringung eines bestimmten Kapitals verpflichtet (§ 54 I); die Aufbringung erfolgt grundsätzlich durch "Einzahlung" (§ 54 II), soweit eine wirksame Sacheinlagevereinbarung besteht auch durch Sacheinlagen (§§ 54 II, 27 I).

Will man freilich für die "Übernahme" zugleich Ausdrücke wie "Deckungszusage" verwenden, so wäre dies nicht zu beanstanden: Es handelte sich nur um ein terminologisches Problem. Allem Anschein nach wird aber im aktienrechtlichen Schrifttum, das sich der Ausdrucksweise zum GmbH-

1) In dieser Hinsicht wohl Brunner, Diss. S. 13 f.

2) Vgl. dazu grundlegend Boesebeck, DR 1939, S. 434 (436) vgl. auch Wiedemann, Sacheinlagen, S. 257 ff. m.w.N.

Recht angeschlossen hat, die "Deckungszusage" als eine eigenständige, stillschweigende Garantieerklärung aufgefaßt und nicht mit der Übernahme gleichgesetzt¹⁾. Für die "Deckungszusage" als eine eigenständige und stillschweigende Garantieerklärung ist jedoch im Aktienrecht kein Raum: Zum einen kann man wegen der Unterstellung stillschweigender Willenserklärungen erhebliche Bedenken haben²⁾, zum anderen zeigt die genaue Prüfung der aktienrechtlichen Bestimmungen - insbesondere des "Sacheinlagevertrags" -, daß die "Deckungszusage" im letztgenannten Sinne überflüssig ist und zu dogmatischen Unklarheiten führt.

Somit ergibt sich: Überbewertungen sind unzulässig.

Liegt dem Sacheinlagevertrag eine Überbewertung zugrunde, ist dieser Vertrag allerdings nur teilweise unwirksam. Die Vereinbarung ist insoweit unwirksam, als die Kapitalaufbringungspflicht nach § 54 I nicht durch den tatsächlichen Wert der Sacheinlage abgegolten wird. Für den Differenzbetrag bleibt der Sacheinleger gemäß § 54 I zur Barzahlung verpflichtet.

- b) Der tatsächliche Wert der Sacheinlage übersteigt den aufzubringenden Kapitalbetrag (Unterbewertung)

Rechtsprechung und h.L. sind der Auffassung, daß dem Sacheinlagevertrag eine Unterbewertung der Sacheinlage zugrundeliegen darf³⁾: Der Sacheinleger kann also der AG in Wirklichkeit mehr Kapital zuführen, als sich aus der Kapitalziffer nach § 54 I ergibt. Der zusätzliche Betrag ist eine

1) Vgl. in dieser Hinsicht Lutter, S. 282 Fn. 292

2) Weitere Kritik bei Lutter, S. 281 f.

3) Vgl. RGZ 156, 52/56 f.

Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 24b m.w.N.

Lutter, in Kölner Komm., § 54 Anm. 9.

Teilweise wird dieses Problem auch unter dem Aspekt der Eröffnungsbilanz der AG behandelt, vgl. Thiel, DB 1960, S. 301 m.w.N.; bilanzrechtliche Fragen sind hier jedoch nicht zu erörtern.

"stille Reserve" des Einlagegegenstandes und aus dem Gesellschaftsvertrag nicht ersichtlich. Ballerstedt¹⁾ hat dagegen - noch unter Geltung des AktG von 1937 - die Ansicht vertreten, es sei von dem tatsächlichen Wert auszugehen: Eine willkürliche Unterbewertung könne das Erfolgsbild der späteren AG verfälschen und berge die Gefahr einer Ausschüttung von Scheingewinnen in sich, sobald die stillen Reserven aufgelöst würden.

Eine Überprüfung des geltenden Rechts zeigt, daß es dem AktG nicht widerspricht, wenn dem Sacheinlagevertrag eine Unterbewertung zugrundeliegt:

Das Gesetz geht schon in den Vorschriften über den Jahresabschluß nicht von einem allgemeinen Verbot der Unterbewertung aus, sondern schreibt an einigen Stellen sogar Unterbewertung vor: z.B. das Mindestwertprinzip bei der Bewertung des Umlaufvermögens, § 155; sowie das Verbot, den Geschäfts- oder Firmenwert zu aktivieren, § 153 V. Oder das Gesetz nimmt doch Unterbewertungen in Kauf, wenn beim Jahresabschluß "Schätzungsreserven" entstehen; denn zu den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung in § 149 I 1 gehört der kaufmännische Brauch, bei der Bilanzierung vorsichtig zu bewerten und die Werte niedriger einzustellen als sie sind²⁾.

Wären Unterbewertungen im Gründungsstadium mißbilligt worden, so hätte es nahegelegen, daß der Gesetzgeber bei der Neufassung des Aktienrechts ein entsprechendes Verbot ausgesprochen hätte.

Unterbewertungen im Gründungsstadium entsprechen den Interessen der AG und deren Gläubigern. Denn das zusätzliche - nicht verlaubliche - Vermögen der AG bildet eine erweiterte Haftungsmasse und vermindert das Gläubigerrisiko, die Grundlage der AG erscheint insgesamt solider.

1) Ballerstedt, Kapital, S. 73, 78

2) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 184-186

Auch aus der Interessenlage der Gründer kann sich eine Unterbewertung als notwendig erweisen:

Wegen der Gründerhaftung in § 46 muß - bei Meinungsverschiedenheiten über den Wert der Sacheinlage - gegebenenfalls die vorsichtigste Bewertung zugrundegelegt werden. Auch können steuerliche Überlegungen eine Rolle spielen: Um keinen Veräußerungsgewinn zu erzielen, wird man insbesondere bei Handelsgeschäften von den "Buchwerten" ausgehen wollen, die erheblich unter den tatsächlichen Werten liegen können. Solche "Buchwertverknüpfungen" sind seit jeher gebräuchlich¹⁾.

Liegt dem Sacheinlagevertrag eine Unterbewertung zugrunde, so hat die AG den in der Sacheinlage verkörperten Wert mit Rechtsgrund erlangt; der Sacheinleger kann den zusätzlichen Betrag, um den der tatsächliche Wert der Sacheinlage den aufzubringenden Kapitalbetrag übersteigt, nicht nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückverlangen.

Demnach ergibt sich:

Unterbewertungen dürfen dem Sacheinlagevertrag zugrundeliegen. Die AG ist zu keiner Ausgleichszahlung verpflichtet.

1) Vgl. zum früheren Rechtszustand:

RPH Bd. 33, S. 276

Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 24b

Friedrichs, DB 1962, S. 313; Thiel, DB 1960, S. 334

In § 17 I, II des Gesetzes üb. steuerl. Maßnahmen bei Änderung der Unternehmensform vom 14.8.1969 (BGBl. I, 1163) ist die Buchwertverknüpfung für das "eingebrachte Betriebsvermögen" nunmehr gesetzlich anerkannt: Die AG darf in ihrer Eröffnungsbilanz das "eingebrachte Betriebsvermögen" mit dem Buchwert oder einem höheren Wert ansetzen. Unter dem "eingebrachten" Betriebsvermögen hat man das Vermögen zu verstehen, das die AG mit der dinglichen Überleitung des Unternehmens (Erfüllungsgeschäft) erwirbt.

3. Nachträgliche Abweichung zwischen tatsächlichem und vereinbartem Wert des Sacheinlagegegenstandes

Dem Sacheinlagevertrag kann bei Vertragsschluß eine Schätzung des Einlagegegenstandes zugrundeliegen, die mit dem tatsächlichen Wert der Sacheinlage übereinstimmt. Infolge später eingetretener Umstände können sich jedoch bis zum Erfüllungszeitpunkt Wertänderungen einstellen: der Wert der Sacheinlage kann sich verringern oder erhöhen.

Im Unterschied zu den oben behandelten Fällen (III,2) der anfänglichen Wertabweichung können wir hier ohne weiteres von einem wirksamen Sacheinlagevertrag ausgehen, denn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses lag kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vor. Fraglich ist jedoch, ob wegen der nach Vertragsschluß eingetretenen Änderungen eine Ausgleichspflicht besteht: Muß der Sacheinleger bei einer Wertminderung den Unterschiedsbetrag zum übernommenen Kapital in bar nachzahlen, kann er umgekehrt bei einer Werterhöhung den Überschuß von der AG in bar zurückverlangen.

a) Tatsächlicher Wert der Sacheinlage erreicht den aufzubringenden Kapitalbetrag nicht

Nach der überwiegenden Meinung im Schrifttum soll der Sacheinleger nur dann verpflichtet sein, eine Wertminderung des Einlagegegenstandes durch Zahlung auszugleichen, wenn er eine dahingehende Haftung übernommen hat. Bestehe keine derartige Haftung - die Haftung soll auch ausdrücklich abbedungen werden können -, so gehe die Wertminderung zu Lasten der AG: Es müsse in der Bilanz der AG eine Verlustabschreibung erfolgen¹⁾.

1) Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 45 f.

Lutter, S. 280-185 (S. 282 f.)

Für das Handelsgeschäft als Einlage: Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 8; Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 31, 45; Staub-Pinner, § 186 Anm. 21; Rehm, Arch-BürgR 22, 124

Für GmbH: Feine, S. 111; Goerdeler, S. 147 f.

Schilling, in Hachenburg, § 5 Anm. 19 f.

Die Gegenmeinung hält den Sacheinleger - unter Berufung auf die "Deckungszusage" - in jedem Fall für verpflichtet, den Unterschiedsbetrag zwischen dem tatsächlichen Wert der minderwertigen Sacheinlage und dem übernommenen höheren Kapitalbetrag in bar nachzuzahlen¹⁾.

Bei der Stellungnahme zu diesem Problem muß man davon ausgehen, welchen Zweck die Sacheinlage erfüllen soll. Der Einlagegegenstand dient nämlich einem doppelten Zweck: Zum einen soll der Gegenstand seiner Substanz nach auf die AG übergehen, er soll für die AG einen Gebrauchszweck erfüllen; Grundstücke und Maschinen sollen z.B. benutzt werden, Forderungen verwertet werden können. Insofern besteht auch kein Unterschied zu den bürgerlich-rechtlichen Veräußerungsgeschäften, wie etwa beim Kauf oder Tausch. Zum anderen soll die Sacheinlage aber einen Kapitalaufbringungszweck erfüllen; gerade darin besteht der grundsätzliche Unterschied zu den bürgerlich-rechtlichen Veräußerungsgeschäften: Die Sacheinlage soll - wie wenn sie Bargeld wäre - zur Aufbringung einer bestimmten, ziffernmäßig ausgedrückten Kapitalmasse beitragen.

Ob diese beiden Zwecke erfüllt sind, kann sich - wie auch bei den sonstigen Verpflichtungsgeschäften - nur im Erfüllungszeitpunkt entscheiden. Besteht eine Wertminderung, so kann die Sacheinlage ihrer Zweckbestimmung nicht vollständig genügen; damit handelt es sich um einen besonderen Fall der Leistungsstörung, der sich in die bürgerlich-rechtlichen Fälle der Leistungsstörung nicht ohne weiteres einordnen läßt: Denn die BGB-Vorschriften sind nicht auf die Zweckbestimmung der Sacheinlage und die Besonderheiten des Sacheinlagevertrags zugeschnitten.

1) Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 13
Möhring-Tank, in Hdbch.d.AG I, Rdn. 83, 85, 88
Wiedemann, Sacheinlagen, S. 261-263 (262)
wohl auch Schlegelberger-Quassowsky, § 20 Anm. 3,
§ 9 Anm. 5

Überträgt der Aktionär also auf die AG eine Sacheinlage, deren Wert unter den Betrag nach § 54 I gesunken ist, so hat er seiner Kapitalaufbringungspflicht nicht voll genügt. Es liegt damit eine nicht vollständige Erfüllung der Kapitalaufbringungspflicht vor¹⁾. Wollte man demnach Haftungsausschlüsse vereinbaren, so würde dadurch die Erfüllung dieser Pflicht berührt, die ihre Grundlage in der "Übernahme" des Aktionärs hat und in § 54 I angesprochen ist. Hat der Aktionär die Kapitalaufbringungspflicht nach § 54 I übernommen, so kann er davon gemäß § 66 I 1 grundsätzlich nicht befreit werden; eine Befreiungsmöglichkeit ergibt sich nur nach § 66 III bei einer Kapitalherabsetzung. Letztlich dient diese Regelung dem "Grundsatz der Kapitalaufbringung"²⁾.

Bestätigt werden diese Überlegungen auch durch die Bestimmung des § 66 II, aus der wir zweierlei entnehmen können: Aus dem Fehlen einer entsprechenden Regelung für "Sachübernahmen" bestätigt sich der vornehmliche Kapitalaufbringungszweck der Sacheinlage, den der Gesetzgeber für Schutz- und sicherungsbedürftig ansieht.

Außerdem dürfen wir aus § 66 II a maiore ad minus folgern: Wenn es schon nicht möglich ist, die viel weitergehende "Schadensersatzpflicht" in § 66 II zu erlassen - der "Schadensersatz" könnte über den Betrag von § 54 I hinausgehen -, muß dies erst recht für die wertmäßige Einstandspflicht im Erfüllungszeitpunkt gelten; denn diese Verpflichtung umfaßt als Ausfluß der Erfüllungspflicht nur den Betrag von § 54 I.

Weil es um die Erfüllung der Kapitalaufbringungspflicht des Aktionärs nach § 54 I geht, kann man auch nicht - wie Lutter - Gegenargumente aus einer "abschließenden Regelung" der

1) Vgl. ähnlich zum GmbH-Recht: Wiedemann, Sacheinlagen, S. 262

2) Es wäre nicht ausreichend, das vorstehende Ergebnis allein auf diesen "Grundsatz" zu stützen. Denn der "Grundsatz der Kapitalaufbringung" ist lediglich ein allgemeines Leitprinzip, das etliche Regelungen beeinflusst hat.

Gründerhaftung heranziehen¹⁾. Die verschuldensabhängige Gründerhaftung nach § 46 und die Erfüllungspflicht des Aktionärs nach § 54 I liegen auf zwei verschiedenen, nicht vergleichbaren Ebenen. Das Gesetz zeigt dies auch in folgendem:

Auf Ersatzansprüche aus der Gründerhaftung kann die AG ohne Kapitalherabsetzung verzichten oder sich vergleichen; sie unterliegen einer kurzen Verjährung, vgl. §§ 50, 51. Auf den Erfüllungsanspruch nach § 54 I kann die AG dagegen nur unter gleichzeitiger Kapitalherabsetzung verzichten, § 66 III; außerdem greift hier die Verjährungsvorschrift des § 51 nicht ein. Folgerichtig gilt diese Regelung auch für die "nicht gehörige Leistung" einer Sacheinlage, § 66 II; denn es handelt sich hierbei um einen Ausfluß der Erfüllungspflicht nach § 54 I.

Damit ergibt sich folgendes:

Im Erfüllungszeitpunkt muß der Wert der Sacheinlage dem ursprünglich ordnungsgemäß zugrundegelegten Wert entsprechen. Nur dann ist die Sacheinlage geeignet, die Kapitalaufbringungspflicht gemäß § 54 I zum Erlöschen zu bringen.

Hat sich der Wert der Sacheinlage bis zum Erfüllungszeitpunkt vermindert, so besteht eine Leistungsstörung und der Sacheinleger ist aufgrund des § 54 I verpflichtet, den Differenzbetrag in bar zu zahlen, soweit diese Leistungsstörung nicht in anderer Weise behoben werden kann.

Vereinbarungen der Gründer können diese aktienrechtliche Regelung weder ausschließen, einschränken noch umgehen, §§ 23 V, 66, 54 I²⁾.

1) Lutter, S. 280-285

2) Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist § 24 des Referentenentwurfs von 1969 zum GmbH-Recht: Die Vorschriften des Gründungsrechts sind weitgehend dem Aktienrecht angeglichen; in § 24 stellt der Entwurf nun eine verschuldensunabhängige Haftung des Sacheinlegers auf, wenn der Wert der Sacheinlage im Einbringungszeitpunkt hinter dem zugrundegelegten Wert zurückbleibt. Vgl. dazu auch die Begründung im Referentenentwurf, S. 161 f. (Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Hrsg. vom Bundesministerium der Justiz. Köln-Marienburg 1969).

- b) Tatsächlicher Wert der Sacheinlage übersteigt den aufzubringenden Kapitalbetrag

Für den Fall einer nachträglichen Werterhöhung räumt die h.M. den Gründungsbeteiligten weitgehende Vertragsfreiheit ein¹⁾: Eine Ausgleichszahlung durch die AG an den Sacheinleger könne vereinbart werden, eine derartige Ausgleichszahlung könne aber auch ausgeschlossen werden. Braucht die AG keine Ausgleichszahlung an den Sacheinleger zu leisten, so streitet man weiter um das hier nicht zu erörternde bilanzrechtliche Problem, ob der zusätzliche Betrag in die gesetzliche Rücklage einzustellen ist²⁾ oder "stille Reserve" bleibt und daher in der Bilanz nicht ersichtlich ist³⁾.

Eine einschränkende Auffassung vertritt Wagner⁴⁾: Er meint, für die Wertbemessung der Sacheinlage sei ausschließlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Satzungsfeststellung) abzustellen; eine Werterhöhung der Einlage komme daher stets der AG zugute und sei in die gesetzliche Rücklage einzustellen.

Der h.M. ist zu folgen: Die aktienrechtlichen Bestimmungen wollen sicherstellen, daß die AG im Erfüllungszeitpunkt zumindest soviel Kapital vom jeweiligen Aktionär erhält, wie es seiner Übernahmeerklärung und der darauf beruhenden Kapitalaufbringungspflicht nach § 54 I entspricht.

Was über diesen Betrag hinausgeht, unterliegt der Vertragsfreiheit. So können die Gründungsbeteiligten bereits bei

1) Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 8
Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 31
Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 45 f.
Rehm, ArchBürgR 22, 119 ff. (124); Staub-Pinner, § 186 Anm. 21; Würdinger, S. 98 f.
Vgl. für GmbH: Feine, S. 111; Goerdeler, S. 144 f.
Schilling, in Hachenburg, § 5 Anm. 19 f.
2) Barz, Kraft aaO.
3) Bing, Staub-Pinner, Würdinger aaO.
4) Wagner, S. 243 f.

Vertragsschluß von einer Unterbewertung der Sacheinlage ausgehen; der Sacheinleger kann der AG dadurch in Wirklichkeit mehr an Kapital zuführen als es der Kapitalziffer nach § 54 I entspricht.

Bei einer nachträglichen Wertsteigerung besteht jedoch folgender Unterschied: Es sind Umstände eingetreten, die bei Vertragsschluß noch nicht gegeben waren. Es wäre daher ungerechtfertigt, wenn der Sacheinleger der AG in jedem Fall einen größeren Kapitalbetrag zuführen müßte als es seiner vertraglichen Pflicht entspricht. Denn umgekehrt muß der Sacheinleger auch bei einer Wertminderung der Einlage eine Ausgleichszahlung leisten.

Wagner läßt eine triftige Begründung vermissen, weshalb ausschließlich auf die Wertbemessung bei Vertragsschluß (Satzungsfeststellung) abzustellen ist. Die Bestimmungen über die Gründungsprüfung, auf die er seine Auffassung stützt, sind lediglich Sicherungsvorschriften, die eine vollständige Kapitalaufbringung gewährleisten sollen. Wollte man ausschließlich an der Wertbemessung im Zeitpunkt der Satzungsfeststellung festhalten und spätere Änderungen unberücksichtigt lassen, so müßte die AG auch im Falle einer Wertminderung den Schaden tragen und der Sacheinleger bräuchte seiner Kapitalaufbringungspflicht nicht vollständig zu genügen. Dies ist indes unzulässig¹⁾.

Die Gründungsbeteiligten können daher frei vereinbaren, ob die AG an den Sacheinleger eine Ausgleichszahlung für die Werterhöhung der Einlage zu leisten hat oder nicht. Kann aus der Satzung keine derartige Regelung entnommen werden, so ist davon auszugehen, daß der Sacheinleger auf eine Ausgleichszahlung durch die AG verzichtet hat²⁾.

1) Wagner, S. 243 f. räumt zwar die Möglichkeit einer Wertminderung des Einlagegegenstandes ein, er läßt aber die Problemlösung offen.

2) Vgl. ähnlich Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 46

Denn entsprechend dem Schutzzweck von §§ 26, 27 AktG müssen eventuelle Ausgleichszahlungen an einen Aktionär anlässlich einer Sacheinlage einen Anhaltspunkt in der Satzung finden, damit sie Gegenstand der Gründungsprüfung und der öffentlichen Kontrolle (§§ 37 III, 40 II) zugänglich werden.

Damit ergibt sich:

Sollte sich der Wert der Sacheinlage bis zum Erfüllungszeitpunkt erhöhen, so kann für diesen Fall eine Ausgleichszahlung an den Sacheinleger vereinbart oder ausgeschlossen werden.

Enthält die Satzung keine dahingehende Vereinbarung, so hat der Sacheinleger auf eine Ausgleichszahlung verzichtet.

4. Zusammenfassung

Weichen der im Sacheinlagevertrag zugrundegelegte und der tatsächliche Wert der Sacheinlage voneinander ab, so gilt folgendes:

Besteht diese Divergenz bereits bei Vertragsschluß, spricht man auch von Über- und Unterbewertung. Überbewertungen sind unzulässig. Liegt dem Sacheinlagevertrag eine Überbewertung zugrunde, ist dieser Vertrag allerdings nur teilweise unwirksam. Die Vereinbarung ist insoweit unwirksam, als die Kapitalaufbringungspflicht nach § 54 I nicht durch den tatsächlichen Wert der Sacheinlage abgegolten wird. Für den Differenzbetrag bleibt der Sacheinleger gemäß § 54 I zur Barzahlung verpflichtet.

Unterbewertungen dürfen dem Sacheinlagevertrag zugrundeliegen; die AG ist hierbei zu keiner Ausgleichszahlung verpflichtet.

Liegt dem Sacheinlagevertrag ein zutreffender Wert der Sacheinlage zugrunde, ändert sich jedoch der Wert des

Einlagegegenstandes bis zum Erfüllungszeitpunkt, so ergibt sich folgendes:

Vermindert sich der Wert, so ist der Sacheinleger gemäß § 54 I verpflichtet, den Differenzbetrag in bar zu zahlen, soweit die Wertminderung nicht in anderer Weise behoben werden kann. Erhöht sich dagegen der Wert, kann der Sacheinleger von der AG eine entsprechende Ausgleichszahlung beanspruchen, sofern die Satzung eine dahingehende Regelung enthält.

IV. Einzelfälle zur nicht vollständigen Kapitalaufbringung bei der Unternehmenseinlage

Im vorhergehenden Abschnitt haben wir die einzelnen Möglichkeiten der Abweichung zwischen aufzubringendem Kapital und tatsächlichem Wert der Sacheinlage geordnet und die rechtlichen Auswirkungen aufgezeigt. Von besonderer Bedeutung waren hierbei die Fallgestaltungen, in denen der tatsächliche Wert der Sacheinlage bei Vertragsschluß (III, 2a) oder im Erfüllungszeitpunkt (III, 3a) hinter dem aufzubringenden Kapitalbetrag zurückbleibt.

Im Schrifttum behandelt man den letztgenannten Fragenbereich in der Regel nicht aus einer Gesamtschau, sondern geht von Einzelfällen aus¹⁾: Es wird also unterschieden, ob ein Sach- oder Rechtsmangel besteht, ob ein Bewertungsfehler vorliegt oder ob sonst eine nachträgliche Wertminderung eingetreten ist. Dabei ist zu beobachten, daß Ergebnisse und Begründung sich nicht immer auf einer einheitlichen Linie bewegen.

1) Wiedemann, Sacheinlagen, S. 258-260; ders., Haftungsbeschränkung, S. 36 Anm. 60, wendet sich zu Recht gegen die Aufspaltung in einzelne Fallgruppen.

Der Klarstellung und Vollständigkeit halber seien im folgenden einzelne Fallgruppen der Wertminderung unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmenseinlage besprochen.

1. Sachmängel

Bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts können dem zu übertragenden Unternehmen "Fehler" anhaften. Rechtsprechung und Lehre wenden für derartige "Fehler" die Grundsätze über die Sachmängelhaftung analog an¹⁾.

Nach den Sachmängelbestimmungen hat der Erwerber gemäß § 462 BGB das Recht auf Wandelung oder Minderung, gemäß § 463 BGB auf Schadensersatz und gemäß § 480 BGB - bei Gattungssachen - den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache.

Inwieweit sind diese Bestimmungen bei der Unternehmenseinlage anwendbar? Im aktienrechtlichen Schrifttum vertritt man zunehmend die Auffassung, bei einer Sacheinlage könne die Haftung für Sachmängel wegen des Grundsatzes der Kapitalaufbringung nicht eingeschränkt werden. Allgemein anerkannt ist, daß unter den Voraussetzungen des § 463 BGB ein Schadensersatzanspruch und bei Gattungsschulden ein Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 480 BGB) besteht²⁾. Umstritten ist, ob Wandelung oder Minderung möglich sind. Die h.M. hält derartige Rechte für möglich, der Sacheinleger sei in einem solchen Fall verpflichtet, eine Barzahlung zu leisten³⁾. Nach der Gegenmeinung ist eine Wandelung nicht möglich, denn dadurch würde dem Aktionär die mitgliedschaftliche Stellung entzogen⁴⁾.

1) J.v.Gierke, Handelsrecht, S. 85
Würdinger, in Großk. HGB, § 22 Anm. 21
vgl. auch BGH, NJW 1970, 653/655

2) Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 20
Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 66-69 m.w.N.

3) Barz, aaO., § 27 Anm. 20; Kraft, aaO., § 27 Anm. 67 f.

4) RGZ 68, 271/274 (GmbH)
Gadow, in Großk. AktG (1.Aufl.), § 20 Anm. 13

Dieser Streit beruht darauf, daß man der "Aktienübernahme" neben dem "Sacheinlagevertrag" keine rechtliche Bedeutung beimißt. Entfällt die Wirksamkeit des Sacheinlagevertrags, beispielsweise durch Wandelung, so bleibt nach der hier vertretenen Ansicht die mitgliedschaftliche Stellung des Aktionärs unberührt, und er ist gemäß §§ 54 I, 27 II 3 AktG zur Barzahlung verpflichtet.

Gegen ein uneingeschränktes Wandelungsrecht ergeben sich jedoch folgende Bedenken:

Bei einer Sachgründung bildet die Sacheinlage in der Regel den wirtschaftlichen Anlaß zur Gründung. Müßte die Sacheinlage zurückgewährt werden und müßte der Aktionär statt dessen eine Bareinlage erbringen, so wäre auch häufig der Gründungszweck hinfällig geworden. Dies zeigt sich besonders deutlich bei der Unternehmenseinlage. Man wird daher grundsätzlich von dem Interesse sämtlicher Beteiligten ausgehen dürfen, der AG die - wenngleich fehlerhafte - Sacheinlage zuzuführen und den Minderwert durch eine entsprechende Barzahlung des Sacheinlegers auszugleichen. Ist die Fehlerhaftigkeit der Sacheinlage allerdings sehr schwerwiegend, kann die eben genannte Lösung unzumutbar für die Beteiligten werden und nur noch ein Wandelungsrecht sachgerecht sein: Man denke an den Fall, daß eine "Minderung bis auf 0" in Betracht kommt; in diesem Fall müßte der Sacheinleger außer der minderwertigen Sacheinlage auch den vollen Barbetrag der AG überlassen; interessengerechter ist es daher, wenn in einem solchen Fall der Sacheinleger den minderwertigen Einlagegegenstand zurückerhält und dafür den vollen Barbetrag an die AG zahlt.

Für das einzubringende Handelsgeschäft ergibt sich damit folgendes:

Haftet dem Unternehmen ein "Fehler" an, so ist der Sacheinleger grundsätzlich verpflichtet, den Minderwert durch Barzahlung auszugleichen. Ist die Fehlerhaftigkeit derart schwerwiegend und wird es dadurch für die Beteiligten unzu-

mutbar, der AG den Sacheinlagegegenstand zu belassen und den Minderwert durch eine Barzahlung des Sacheinlegers auszugleichen, kommt ein Wandelungsrecht in Betracht.

Soweit zu dem Handelsgeschäft Sachen gehören, die nur der Gattung nach bestimmt sind, kann auch der Nachlieferungsanspruch des § 480 BGB in Betracht kommen.

Die "Haftung" für Mängel an dem einzubringenden Unternehmen kann dem Sacheinleger nicht erlassen werden, denn sonst würde er teilweise von seiner Kapitalaufbringungspflicht befreit werden (§§ 54 I, 66).

2. Einbringlichkeit der Forderungen

In der Regel gehören Forderungen zu den Bestandteilen des zu übertragenden Handelsgeschäfts.

Bei der Forderungsveräußerung kennen die BGB-Vorschriften grundsätzlich nur eine Haftung für den rechtlichen Bestand der Forderung (§ 437 I BGB), jedoch nicht für die Einbringlichkeit. Eine dahingehende Haftung muß besonders vereinbart werden (§ 438 BGB).

Im aktienrechtlichen Schrifttum ist man zum Teil der Ansicht, der Sacheinleger müsse für die Einbringlichkeit der Forderungen im Zeitpunkt der Abtretung einstehen¹⁾. Andere belassen es bei dem Grundsatz des § 437 I BGB und erwägen eine Haftung für die Einbringlichkeit der Forderung nur bei besonderer Abrede²⁾.

Nach unseren früheren Ausführungen gilt folgendes:

Sind die Forderungen schon bei Abschluß des Sacheinlagevertrags uneinbringlich, jedoch mit ihrem vollen Betrag

1) Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 13

Möhring-Tank, in Hdbch.d.AG I, Rdn. 87

2) Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 19

Baumbach-Hueck, AktG, § 27 Anm. 7

Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 42

vgl. auch Schilling, in Hachenburg, § 5 Anm. 16

bewertet worden, so liegt dem Sacheinlagevertrag eine Überbewertung zugrunde und der Aktionär ist demnach zur Zahlung des Betrages verpflichtet. Entsprechendes gilt, wenn die Forderung in voller Höhe als Aktivum bewertet wurde und sich ihre Uneinbringlichkeit noch vor der Abtretung (dingliche Überleitung des Handelsgeschäfts auf die AG) einstellt: die "Forderung" genügt nicht mehr ihrem Kapitalaufbringungszweck; der Sacheinleger muß den Betrag in bar zahlen. Ist dagegen im Abtretungszeitpunkt die Einbringlichkeit der Forderung noch gegeben, so hat damit der Sacheinleger seiner Pflicht genügt.

Eine "Haftung" des Sacheinlegers entfällt nur dann, wenn die Forderung wegen ihrer zweifelhaften Bonität bereits bei der Bewertung unberücksichtigt geblieben ist und somit für die Kapitalaufbringung keine Rolle spielt.

3. Geschäftsschulden

Bei der Übertragung eines Handelsgeschäfts werden häufig von dem Erwerber die Geschäftsschulden ganz oder zum Teil übernommen. Der Betrag, um den die Aktiva des Handelunternehmens die zu übernehmenden Schulden übersteigen, macht den eigentlichen Wert des einzubringenden Unternehmens aus.

Ist die AG verpflichtet, die Schulden zu übernehmen und stellt sich heraus, daß der Schuldenbetrag größer ist als ursprünglich bei der Bewertung angenommen, so liegt dem Sacheinlagevertrag eine Überbewertung zugrunde: Das Aktivvermögen des Handelsgeschäfts wird durch den Umfang der Geschäftsschulden geschmälert. Der Sacheinleger ist demnach zur Zahlung des Differenzbetrags verpflichtet¹⁾.

1) Vgl. dazu auch die Entscheidung des RG zum GmbH-Recht: RG, DJZ 1902, S. 288 Nr. 54 = JW 1902, S. 259; ebenso: Brodmann, Aktienrecht, § 186 Anm. 5a (S. 59). Das RG sagte: Sei der Schuldenstand höher als angenommen, so sei in Höhe des Mehrbetrags die Stammeinlage nicht beschafft; die GmbH habe deshalb einen entsprechenden Einzahlungsanspruch gegen den Sacheinleger.

Es gibt auch Fälle, in denen die AG gemäß den Gründungsvereinbarungen nicht zur Schuldenübernahme verpflichtet ist. Die AG könnte jedoch von den Gläubigern aufgrund besonderer Haftungsbestimmungen in Anspruch genommen werden: §§ 419 BGB, 25 I 1 HGB, 116 AO. Wird die AG aufgrund solcher Vorschriften in Anspruch genommen, so liegen Fälle der Leistungsstörung vor, die den Kapitalaufbringungszweck des Handelsgeschäfts beeinträchtigen. Der Sacheinleger ist hierbei verpflichtet, die AG von der Haftung freizustellen; ist die AG bereits in Anspruch genommen worden, so hat der Sacheinleger eine entsprechende Ausgleichszahlung zu leisten.

4. Bilanzstichtag (maßgebender Bewertungszeitpunkt)

Im Zeitpunkt der Satzungsfeststellung müssen die Beteiligungsverhältnisse der einzelnen Aktionäre geklärt sein und es muß feststehen, inwieweit durch die Sacheinlage das Kapital aufzubringen ist. Für das einzubringende Handelsgeschäft muß daher ein Wert zugrundegelegt werden.

Fallen der Verpflichtungs- und der Erfüllungszeitpunkt für das Sacheinlagegeschäft auseinander, so liegt es auf der Hand, daß der Wert des einzubringenden Unternehmens in dem späteren Ausführungszeitpunkt nicht mehr derselbe zu sein braucht wie der in der Satzung zugrundegelegte Betrag: Denn durch die fortlaufende Geschäftstätigkeit bilden sich ständig neue Aktiven und Passiven, alte erlöschen; es können Gewinne und Verluste entstehen.

Man ist im Schrifttum der Auffassung, es könne ein bestimmter Bewertungszeitpunkt - ein Bilanzstichtag - für maßgeblich in der Satzung vereinbart werden: Davon solle es abhängen, ob Wertänderungen beachtlich seien und zu möglichen Ausgleichszahlungen führen können¹⁾.

1) Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 8; Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 31; Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 45 f.; Staub-Pinner, § 186 Anm. 21; Würdinger, S. 98 f. Für GmbH vgl.: Feine, S. 111; Goerdeler, S. 144 Schilling, in Hachenburg, § 5 Anm. 19 f.

Es könne vereinbart werden, das Handelsgeschäft sei gemäß einer auf den Tag der tatsächlichen Einbringung zu errichtenden Bilanz zu übernehmen¹⁾. Dies bedeutet: Im Einbringungszeitpunkt soll auf der Grundlage einer Bilanz geprüft werden, ob sich der Wert des Handelsunternehmens gegenüber dem ursprünglich in der Satzung zugrundegelegten Wert verändert hat. Differenzbeträge sollen durch Zahlung ausgeglichen werden; bei Wertminderungen ist der Sacheinleger, bei Werterhöhungen die AG zur Zahlung des Unterschiedsbetrages verpflichtet.

Als den maßgebenden Bilanzstichtag könne man auch den Zeitpunkt der Satzungsfeststellung²⁾ oder einen weiter zurückliegenden Zeitpunkt³⁾ - z.B. den letzten Jahresabschluß - festlegen⁴⁾. Dies bedeutet: Das einzubringende Unternehmen "gilt von diesem Bilanzstichtag ab als für Rechnung der AG" geführt. Bei Wertänderungen bis zur tatsächlichen Einbringung soll kein gegenseitiger Ausgleich zwischen AG und Sacheinleger stattfinden: Wertsteigerungen erhöhen den Wert der Sacheinlage und kommen der AG zugute, Wertminderungen sollen nach h.M. als Verluste abzuschreiben sein. Lediglich einige Autoren wenden sich dagegen, daß die AG auch Wertminderungen hinnehmen müsse. Sie leiten Bedenken aus dem Verbot der Unterpariausgabe (§ 9 I) her und treten für eine Nachzahlungspflicht des Sacheinlegers ein⁵⁾.

-
- 1) Vgl. die auf S. 40 Fn. 1 genannten Autoren
 - 2) Kraft aaO.; Wagner, S. 243 f.
 - 3) Barz, Bing, Staub-Pinner, Schilling, Feine, Goerdeler aaO. Schlegelberger-Quassowsky, § 20 Anm. 4
 - 4) Gesetzlich anerkannt ist die Bezugnahme auf eine zurückliegende Bilanz nur in den Fällen, in denen ein Handelsunternehmen nach umwandlungsrechtlichen Vorschriften in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt wird. Der Zeitraum der Rückbeziehung ist auf 6 Monate beschränkt, von der Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses zum Handelsregister ab gerechnet.
Vgl. dazu § 17 Abs. 7 des UmwandlungssteuerG vom 14.8.1969 (BGBl. I, S. 1163); §§ 43 IV, 54 I 3 UmwG.
 - 5) B.-Hueck, AktG, § 27 Anm. 3; Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 13 Möhring-Tank, in Hdbch.d.AG I, Rdn. 83, 85 wohl auch Schlegelberger-Quassowsky, § 20 Anm. 3, § 9 Anm. 5

Nach Würdinger soll die AG nur Verluste aus Umsatzgeschäften tragen, sonstige Verluste (außerordentliche Verluste oder Aufwendungen) sollen dagegen nicht die AG treffen, sondern seien von den Sacheinlegern durch Barzahlung auszugleichen¹⁾.

Unsere früheren Ausführungen (III,3) haben gezeigt, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit Einschränkungen erleidet: Ändert sich der Wert der einzubringenden Sacheinlage bis zum Erfüllungszeitpunkt, so können die Gründungsbeteiligten für den Fall einer Werterhöhung eine Ausgleichszahlung durch die AG an den Sacheinleger vereinbaren oder eine derartige Zahlung ausschließen.

Dagegen ist es für den Fall einer Wertminderung nicht möglich, eine Ausgleichszahlung durch den Sacheinleger an die AG abzubedingen. Vermindert sich der Wert der Sacheinlage, so liegt eine Leistungsstörung vor; die Sacheinlage ist nicht mehr geeignet, die Kapitalaufbringungspflicht nach § 54 I vollständig zu erfüllen; der Sacheinleger muß den Unterschiedsbetrag in bar nachzahlen.

Eine derartige unzulässige Regelung beinhaltet diejenige Vertragsgestaltung, in der ein zurückliegender Bilanzstichtag für die Bewertung zugrundegelegt wird und das einzubringende Unternehmen von diesem Stichtag ab - bis zur tatsächlichen Einbringung - als für Rechnung der AG geführt gilt.

Die von der h.M. befürwortete "Verlustabschreibung" im Falle einer Wertminderung stellt sich als unzulässige Befreiung des Sacheinlegers von seiner Kapitalaufbringungspflicht nach § 54 I dar; nur unter den Voraussetzungen des § 66 III könnte ein Sacheinleger ganz oder teilweise von dieser Pflicht befreit werden.

1) Würdinger, S. 99

Daß die h.M. ihr Ergebnis ("Verlustabschreibung") selbst nicht für unbedenklich hält, zeigen auch folgende Stellungnahmen: Im neusten Schrifttum¹⁾ will man nicht mehr - wie frühere Autoren²⁾ - einen beliebigen, in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt als "Stichtag" zulassen, von dem ab das Handelsgeschäft als für Rechnung der AG geführt gilt. Es soll - nach Barz - nur soweit in die Vergangenheit zurückgegangen werden dürfen, "als es sich nach dem Zahlenwerk des einzubringenden Geschäfts als notwendig erweist", denn "die Richtigkeit der Einbringungsbewertung solle nicht gefährdet werden"³⁾.

Barz sagt jedoch nicht, woraus sich überhaupt das Kriterium der "Notwendigkeit" herleiten läßt und nach wessen Ermessen dieser unbestimmte Begriff auszufüllen ist: Gründer? Gründungsprüfer? Registergericht? Unklar bleibt, welcher Zeitraum für die Rückbeziehung "notwendig" ist: Darf es nur ein Zeitraum von 1 Monat sein oder dürften es auch 6 Monate und mehr sein? Und was ist schließlich, wenn der zurückliegende Stichtag nicht "notwendig" ist, die AG dennoch eingetragen wurde und sich in der Zwischenzeit erhebliche Wertminderungen eingestellt haben?

Es ist doch vielmehr so: Wenn es auf die "Richtigkeit der Einbringungsbewertung" ankommt - davon geht Barz aus -, kann es nicht auf einen 'notwendigen' oder 'nicht notwendigen' Zeitpunkt ankommen. Und warum kommt es denn auf die "Richtigkeit der Einbringungsbewertung" an? Doch nur deswegen, um die Kapitalaufbringung (§ 54 I) zu gewährleisten!

-
- 1) Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 8
Goerdeler, S. 147 f. (mehr de lege ferenda für GmbH-Reform)
vgl. auch Wagner, S. 243 f.
 - 2) Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 31
Staub-Pinner, § 186 Anm. 21; Feine, S. 111
 - 3) Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 8

Weiterhin ist noch auf eine bedenkliche Diskrepanz in der Kommentierung hinzuweisen: An anderen Stellen spielt die "Deckungszusage" eine erhebliche Rolle¹⁾. Sie soll - im Ergebnis völlig zu Recht - bei Unmöglichkeit, Minderung, aber auch bei unwirksam vereinbarter Sacheinlage wenigstens eine Zahlungspflicht in Höhe der übernommenen Aktien auslösen. Wenn in diesen Fällen der AG wertmäßig zuzuführen ist, was der "Deckungszusage" entspricht, warum macht man dann beim Handelsgeschäft Einschränkungen? Gilt denn die "Deckungszusage" plötzlich nicht mehr?

Als unzutreffend erweist sich nach allem auch der Rechtfertigungsversuch Bings²⁾: Das Risiko einer Wertänderung gehe zu Lasten der AG, weil sie auch den Vorteil daraus genieße. - Den Vorteil genießt die AG, weil die Gründer es so wollen; Vorteile können der AG in beliebigem Umfang, nicht zuletzt durch Unterbewertungen von Sacheinlagen, zugewandt werden. Ein Nachteil darf der AG nach der aktienrechtlichen Wertung dagegen nicht entstehen, denn sonst würde durch eben diesen Nachteil die Kapitalaufbringungspflicht des Sacheinlegers nach § 54 I nicht vollständig erfüllt; insofern ergibt sich für den Gründerwille eine zwingende Schranke.

Als nicht haltbar stellt sich auch die vermittelnde Meinung Würdingers dar. Seiner Ansicht nach trägt die AG vom Zeitpunkt der Satzungsfeststellung ab (also nicht vorher!) Verluste aus Umsatzgeschäften; sonstige Verluste (außerordentliche Verluste und Aufwendungen) sollen durch Barzah-

-
- 1) Barz, in GroBk. AktG, § 27 Anm. 8, beruft sich zu Unrecht auf BGHZ 45, 338, S. 349 f.: Dort ging es um ein Handelsgeschäft, das bereits in die Vorgesellschaft (Vor-GmbH) eingebracht worden war. Bei uns geht es dagegen um die Rechtslage vor Einbringung; zur "Deckungszusage" vgl. z.B. § 27 Anm. 31
- 2) Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 31

lung der Einleger auszugleichen sein¹⁾.

Würdingers Unterscheidungen sind nicht nur unpraktikabel²⁾ - es müßte ja die ganze zwischenzeitliche Geschäftsführung auf die Ursachen der Wertminderung durchleuchtet werden -, sondern sie lassen sich auch schwerlich abgrenzen und es kann Überschneidungen geben: Wirtschaftliche Konjunkturschwankungen, die politische Lage und Änderungen der Währungsparität - dies ist wichtig für Außenhandelsgeschäfte - sowie Arbeitskämpfe können Umsatzgeschäfte nachteilig beeinflussen. Die Verluste betreffen die Ebene der Umsatzgeschäfte und dennoch haben sie ihre letzte Ursache außerhalb der Geschäftstätigkeit. Zahlungspflicht der Sacheinleger oder nicht?

Als letzter Einwand gegen Würdinger ergibt sich die widersprüchliche Handhabung der "Deckungszusage": Bei der ersten Vertragsgestaltung leitet Würdinger die Nachzahlungspflicht des Sacheinlegers uneingeschränkt aus der "Deckungszusage" ab; bei der zweiten Vertragsgestaltung halbiert er dagegen die "Deckungszusage", denn die "Deckungszusage" vermag jetzt nur noch "insoweit" auszuhelfen, als es sich um außerordentliche Verluste handelt³⁾.

Der Klarstellung halber sei noch folgendes bemerkt:

Einige Autoren haben sich unter Hinweis auf § 9 I gegen die "Verlustabschreibung" gewandt⁴⁾. Es kann nun dahinstehen, ob das Verbot der Unterpariemission nach § 9 I bei minderwertigen Sacheinlagen unmittelbar oder analog heranzuziehen ist. Jedenfalls vermag man mit dieser Bestimmung

1) Würdinger, S. 99

Nach Würdinger läßt sich das Handelsgeschäft erst ab der Handelsregistereintragung dinglich auf die AG überleiten, vorher sollen nur schuldrechtliche Vereinbarungen bestehen, vgl. Würdinger, S. 103

2) Darauf weist zu Recht Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 8 hin

3) Würdinger, S. 99 gegen S. 98

4) B.-Hueck, § 27 Anm. 3

Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 13

Möhring-Tank, in Hdbch.d.AG I, Rdn. 83, 85

eine Nachzahlungspflicht des Sacheinlegers nur dann zu begründen, wenn der Wert der Sacheinlage unter den N e n n - betrag der übernommenen Aktien fällt. Unberücksichtigt bliebe dabei, daß die Sacheinlage auch den höheren Ausgabebetrag nicht zu erreichen vermag. Die zwingende Vorschrift des § 54 I, die für jede Einlageart gilt, schließt auch den höheren Ausgabebetrag in die Kapitalaufbringungspflicht ein; das Argument der Unterpariemiission könnte daher erst für die schlimmsten Fälle der Wertminderung eingreifen.

Somit ergibt sich:

Sollte sich der in der Satzung zugrundegelegte Wert des Handelsunternehmens bis zum Erfüllungszeitpunkt vermindern und würde dadurch nicht mehr der nach § 54 I aufzubringende Kapitalbetrag erreicht, so muß der Sacheinleger stets den Differenzbetrag nachzahlen; eine entgegenstehende Vereinbarung ist unwirksam. Denn von der Kapitalaufbringungspflicht nach § 54 I kann der Sacheinleger nur nach § 66 III befreit werden.

Dagegen können die Gründungsbeteiligten frei vereinbaren, ob bei Werterhöhung der Sacheinlage eine Ausgleichszahlung durch die AG an den Sacheinleger erfolgen solle oder nicht.

B. Die Festsetzung in der Satzung

I. Vorbemerkung: Zweck der Festsetzung

Als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Sacheinlagevereinbarung ordnet das Gesetz in § 27 I, II 1 an:

Verträge über Sacheinlagen sind der AG gegenüber nur wirksam, wenn der Gegenstand der Sacheinlage, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Nennbetrag der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien in der Satzung festgesetzt werden.

Die Festsetzung des "Nennbetrags der zu gewährenden Aktien" bereitet keine Schwierigkeit. Für die Festlegung von "Gegenstand" und "Person" ergeben sich bei der Überleitung von Handelsgeschäften unterschiedliche Konkretisierungsmöglichkeiten, wie unten noch zu zeigen ist. Fraglich ist daher, wie in solchen Fällen "Gegenstand" und "Person" in der Satzung festzusetzen sind.

Es verspricht wenig Nutzen, aus dem Begriff "Gegenstand" und "Person" eine Lösung zu suchen; entscheidend kann allein die rechtspolitische Zwecksetzung jener Vorschrift sein: Warum hat der Gesetzgeber das Festsetzungserfordernis aufgestellt, in wessen Interesse liegt dies?

Die heutige Vorschrift des § 27 I, II 1 läßt sich, abgesehen von geringfügigen sprachlichen Veränderungen, über §§ 20 I AktG 1937, 186 II HGB, Art. 209 b II ADHGB bis auf die Aktienrechtsnovelle von 1884 zurückverfolgen; nach der älteren Fassung des Art. 209 b ADHGB brauchte dagegen nur der "Wert" des einzubringenden Gegenstandes und die "Anzahl der zu gewährenden Aktien" in der Satzung festgelegt zu werden¹⁾; zur Zeit des Konzessionssystems - vor 1870 - war auch ein solches Festsetzungserfordernis unbekannt²⁾.

1) Art. 209 b zunächst (1870) nur für Norddt. Bund gültig, ab 1.1.1871 einheitliches Reichsrecht.

2) Zur Entwicklung des Sachgründungsrechts vgl. auch Sengelmann, Diss. S. 3-14

Dieser gesetzliche Wandel hinsichtlich der Festsetzungserfordernisse ist durch folgende Gründe veranlaßt worden: Zur Zeit des Konzessionssystems konnten Aktiengesellschaften nur mit (vorheriger) landesherrlicher Genehmigung errichtet werden; die staatliche Kontrolle vermochte in gewisser Hinsicht solide Gesellschaftsgründungen zu gewährleisten. Mit dem Übergang zum Normativsystem entfiel diese behördliche Kontrolle; durch die Wertfestsetzung glaubte man, im Gründungsstadium vor allem die beitretenden Mitgesellschafter gegenüber den Gründern schützen zu müssen: Durch überbewertete Sacheinlagen der Gründer sollten spätere Zeichner keinen Nachteil erleiden; sie sollten ihr Kapital nur einer AG zur Verfügung stellen, über deren wirtschaftliche Grundlagen sie sich klar waren¹⁾.

Die unvollkommene Gesetzesregelung reichte jedoch nicht aus, Schwindelgründungen von Aktiengesellschaften zu verhindern; vor allem durch überbewertete Sacheinlagen wurden scheinbare Werte von Aktien geschaffen und unter das Publikum gebracht; die unsolide wirtschaftliche Grundlage solcher Aktiengesellschaften führte zunehmend zu Zusammenbrüchen dieser Gesellschaften, zum Schaden der späteren Aktionäre und der Gläubiger.

Die Aktienrechtsnovelle von 1884 zielte dahin, solche Mißstände zu verhindern: Gründungsprüfung, Publizitätserfordernisse und besondere Haftungsvorschriften sollten dies gewährleisten; die erweiterten Festsetzungserfordernisse in der Satzung sollten ebenfalls dazu beitragen.

Die Gesetzesverfasser motivierten die Festsetzung im einzelnen: Um die "bekannten Mißstände von Irrtum und Täuschung" zu verhindern, sollte Licht in das "Dunkel des ganzen Gründungshergangs" geworfen werden²⁾. Es solle dafür Sorge getragen werden, daß eine "Belegung des Grundkapitals durch nicht in barem Geld bestehender Vermögens-

1) Motive 1870, S. 655 - ähnlich schon: Motive zu preuß. Entwurf (1857), S. 84 f.

2) Motive 1884, S. 149

objekte für alle wirklich Beteiligten erkennbar und zum Gegenstand bewußter EntschlieÙung gemacht wird"¹⁾.

Die Festsetzung sollte eine "Verwischung des tatsächlichen Vorgangs erschweren"²⁾. Außerdem weisen die Motive darauf hin: Das urkundliche Material diene als "Grundlage für die Ansprüche, welche der Gesellschaft aus der Gründung gegen die ihr verantwortlichen Personen erwachsen könnten"; weiterhin erhalte das Aktien kaufende Publikum "einen bisher nicht zu erlangen gewesenem Aufschluß über den Wert des Unternehmens"³⁾.

Diese rechtspolitische Zwecksetzung hat auch spätere Gesetzgeber bewogen, die Festsetzungserfordernisse beizubehalten; die Überlegungen von 1884 haben also bis heute Gültigkeit. Die Motive von 1884 zeigen demnach: Die Festsetzungserfordernisse richten sich gegen die Gründer; die Festsetzung soll einen durchsichtigen Gründungshergang herbeiführen helfen und das Informationsinteresse Außenstehender - wie z.B. Gründungsprüfer, Verwaltungsorgane der AG, spätere Aktienerwerber, Geschäftspartner - befriedigen.

Für die Konkretisierung des "Gegenstandes" und der "Person" läßt sich deshalb ganz allgemein sagen: Die Festsetzung muß geeignet sein, Irrtümer, Täuschungen und Zweifel auszuschließen.

Von diesem Ausgangspunkt wollen wir uns nun der Ausfüllung von "Gegenstand" und "Person" bei der Überleitung eines Handelsgeschäfts zuwenden.

II. Gegenstand

1. Die h.M. hält es für ausreichend, das einzubringende Handelsgeschäft unter seiner Geschäftsbezeichnung zu in-

1) Motive 1884, S. 149

2) Motive 1884, S. 151

3) Motive 1884, S. 176

dividualisieren¹⁾. Die Anfügung von Bilanzen oder Anlagen, in denen Aktiven oder Passiven aufgeführt sind, sollen - entgegen einem häufigen Verfahren in der Praxis²⁾ - nicht erforderlich sein.

Lutter meint ebenfalls, die Einzelheiten über den Einbringungsgegenstand bräuchten nicht unbedingt in die Satzung aufgenommen werden; er hält jedoch wenigstens die Bezugnahme auf eine Anlage zur Satzung für erforderlich³⁾.

Unklarheiten scheinen sich auch für die Festsetzungserfordernisse bei der Übernahme von Schulden zu ergeben: In der Rechtsprechung wurde die Ansicht vertreten, die Schuldenübernahme müsse ausdrücklich beurkundet werden⁴⁾; nach B.-Hueck sollen die zu übernehmenden Verbindlichkeiten einzeln aufgeführt werden⁵⁾.

Das RG hat allerdings in einer späteren Entscheidung auch das Gegenteil angenommen: Obwohl von der Schuldenübernahme im Gesellschaftsvertrag nichts gesagt war, mußten die Geschäftsverbindlichkeiten von einer GmbH übernommen werden; denn der Ausschluß der Schuldenübernahme war - wie das RG argumentierte - nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag festgelegt worden⁶⁾.

2. Bei der Stellungnahme zu der Frage, wie das Handelsgeschäft als "Gegenstand" festzusetzen ist, muß man folgendes beachten: Es hängt von den Vereinbarungen im Sacheinlagevertrag ab, in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt

1) Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 54

Mann, S. 19

für GmbH: RGZ 159, 321/327; RG, Gruchot 71, S. 527/529 f.; Feine, S. 115; Schilling, in Hachenburg, § 5 Anm. 51

2) Darauf weisen Bing, Feine und Schilling hin.

Vgl. auch Balser, Bd. 2, S. 28-49 (S.28 f., 33 f.)

3) Lutter, S. 266 (Fn. 218)

4) RG, Recht 1909, Nr. 2528 (GmbH)

BayObLG, Recht 1918, Nr. 1414 = LZ 1919, S. 59 f.

5) B.-Hueck, § 27 Anm. 10

dagegen: Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 44

6) RG, LZ 1916, S. 742 Nr. 15 (GmbH) (Einbringung eines Handelsgeschäfts unter Firmenfortführung)

das Geschäftsvermögen übernommen werden soll. Demnach lassen sich hier folgende Fälle trennen:

a) Soll das Handelsgeschäft nur mit einzelnen Aktiven und Passiven übernommen werden, bleibt keine andere Wahl, als die einzelnen Vermögensstücke und Schulden aufzuführen¹⁾. Das müssen auch die Vertreter der h.M. einräumen. Eine "negative" Festsetzung, also: "das Handelsgeschäft mit sämtlichen Aktiven und Passiven mit Ausnahme von ...", wäre bedenklich. Denn nach dem Gesetz kommt es darauf an, zu sagen, was "positiv" eingelegt wird; es hilft Außenstehenden wenig, wenn die Ausnahmen genau angegeben werden, das eigentliche Einlageobjekt dagegen nur durch eine unverbindliche und allgemein gehaltene Formel umschrieben wird.

Das Gesetz verbietet es allerdings nicht, die Einzelheiten in einer Anlage zur Satzung anzuführen. Die Festsetzung des "Gegenstandes" liegt in diesem Fall nicht außerhalb der notariellen Beurkundung, die nach § 23 I 1 zur Satzungsfeststellung erforderlich ist. Denn nach § 9 I 2 BeurkG gelten Erklärungen in einem Schriftstück, auf das in der notariellen Niederschrift verwiesen und dieser beigefügt wird, als in der Niederschrift selbst enthalten. Außerdem steht die Anlage zur Satzung - genau wie die sonstigen Schriftstücke - jedem zur Einsicht beim Handelsregister offen, vgl. §§ 40 II AktG, 9 HGB.

Die Anlage bietet sich in diesem Fall geradezu an: Denn dadurch vermögen die Beteiligten die Satzung übersichtlicher zu gestalten und von beschwerlichen Einzelheiten zu befreien. Außerdem vereinfacht sich auch die spätere Bekanntmachung des Registergerichts gemäß § 40 I Nr. 1: Wäre in der Satzung das Handelsgeschäft mit sämtlichen Einzelheiten festgesetzt worden, müßten diese Festsetzungen auch so bekanntgegeben werden; Anlagen zur Satzung brauchen dagegen nicht bekanntgemacht werden,

1) In diesem Fall spielt der Zeitpunkt der Einbringung keine Rolle.

das Registergericht kann auf sie verweisen, § 40 II. Es genügt daher, das einzubringende Handelsgeschäft in der Satzung unter der Geschäftsbezeichnung zu individualisieren und hinsichtlich der einzelnen zu übernehmenden Aktiven und Passiven auf eine Anlage zu verweisen.

b) Ist das Handelsgeschäft mit sämtlichen, gegenwärtig bestehenden Aktiven und Passiven zu übernehmen, so gelten die vorher dargelegten Grundsätze entsprechend¹⁾. Eine allgemein gehaltene Festsetzung ohne nähere Konkretisierung in einer Anlage ("das unter der Firma Nikolaus Mauer betriebene Handelsgeschäft") würde den Zweck des Festsetzungserfordernisses mißachten und zu viele Zweifel hinterlassen, das zeigen nicht zuletzt die divergierenden RG-Entscheidungen zur Schuldenübernahme; der Informationswert wäre gering; hinter der wohl klingenden Firmenbezeichnung ließe sich vieles verbergen, und es könnten unter der Hand Vermögensverschiebungen erfolgen.

Man bedenke weiterhin: Beim Einzelkaufmann hängt es von der subjektiven Zweckwidmung ab, inwieweit Vermögensbestandteile zum "Geschäftsvermögen" gehören; genauso sind auch die "Geschäftsvermögen" mehrerer Handelsgeschäfte eines Einzelkaufmanns zu trennen. Es ist also schon zur Abgrenzung des einzubringenden Geschäftsvermögens vom Privat- oder sonstigen Geschäftsvermögen unerlässlich Klarheit zu schaffen. Wie sollten denn sonst die Verwaltungsorgane der AG wissen, was sie zu fordern haben. Bei Handelsgesellschaften spielen solche Abgrenzungsprobleme freilich keine Rolle, denn sie haben nur ein Geschäftsvermögen. Die Notwendigkeit der Konkretisierung ergibt sich hier vorwiegend aus dem Informationsinteresse Außenstehender: Sie sollen über den wirtschaftlichen Hintergrund der Sacheinlage Kenntnis erhalten; sowie aus dem Zweck heraus,

1) Dieser Fall ist in der Regel nur dann von Bedeutung, wenn Verpflichtungs- und Erfüllungszeitpunkt zusammenfallen. Zu dem Fall, daß beide Zeitpunkte auseinanderfallen, vgl. unten c).

Vermögensverschiebungen zum Schaden der AG unmöglich zu machen.

Außerdem vermag eine nähere Aufzählung der Geschäftsbestandteile dem Zweck sonstiger Formvorschriften von Veräußerungsgeschäften zu genügen, man denke an §§ 313 BGB und 15 III GmbHG. Der Zweck dieser Formvorschriften beruht vor allem darauf, Veräußerungsgeschäfte über diese Gegenstände zu erschweren, ihnen Hindernisse zu bereiten¹⁾. Gegen diesen Gedanken könnte allzu leicht verstoßen werden, würde man sich mit der Geschäftsbezeichnung als einer Sammelbezeichnung begnügen, die auch Grundstücke und GmbH-Anteile einschließt. Die Geschäftsbezeichnung schreibt sich sehr schnell hin; verlangt man dagegen eine nähere Aufzählung, so wird den Beteiligten der Umfang der zu übertragenden Gegenstände zwingend vor Augen geführt und bei ihnen zu einem "Gegenstand bewußter Entschließung gemacht".

Die Auffassung der h.M. erscheint gar zu formal und zu wenig auf das Aktienrecht bezogen. Dies bestätigen zum einen die beiden divergierenden RG-Entscheidungen zur Schuldenübernahme - sie betrafen Fälle aus dem GmbH-Recht - und zum anderen die Bemerkungen Bings²⁾. Er sagt: So gut der Inhaber eines Handelsgeschäfts dieses unter seiner Bezeichnung verkaufen könne, so gut könne er es auf diese Weise in die Gesellschaft einbringen. - Bing übersieht hierbei den besonderen Interessenkonflikt, den das Aktienrecht mit dem Festsetzungserfordernis zu regeln versuchte. Wie sollte denn sonst für einen Außenstehenden der Kapitalwert des einzubringenden Handelsunternehmens nachprüfbar sein, wenn sich in allen Urkunden nur die Formel findet: "das unter der Firma Nikolaus Mauer betriebene Handelsgeschäft ..."? Zur Vermeidung von Wiederholungen sei im übrigen auf die früheren Ausführungen verwiesen.

1) "Warnfunktion" bei § 313 BGB

2) Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 54
ebenso: Schilling, in Hachenburg, § 5 Anm. 51

c) Soll das Handelsgeschäft später einzubringen sein und sollen sämtliche in diesem zukünftigen Zeitpunkt bestehenden Aktiven und Passiven auf die AG übergehen, so läßt sich selbstverständlich dieser zukünftige Vermögensumfang gegenwärtig noch nicht im einzelnen aufzählen; augenblicklich ist nur "Bestimmbarkeit" möglich.

Es hilft daher wenig, alle gegenwärtig bestehenden Aktiven und Passiven in der Anlage aufzuführen und auf die Veränderung bis zum Übertragungszeitpunkt hinzuweisen: Ein Außenstehender wüßte damit nicht, was sich geändert hat und mit welchem Vermögen das Handelsgeschäft tatsächlich auf die AG übergegangen ist.

Eher denkbar wäre: Die Gründer umschreiben einen festen Vermögensstamm, der auch noch im Zeitpunkt der dinglichen Überleitung vorhanden ist und daher auf jeden Fall auf die AG übergeht. Hierher zählen: langfristige Verbindlichkeiten und Gegenstände des Anlagevermögens, wie Grundstücke und Gesellschaftsbeteiligungen. Das rasch wechselnde Umlaufvermögen und kurzfristig entstehende Verbindlichkeiten ließen sich dagegen nicht einzeln angeben. Kurz: Es müßte im Einzelfall geprüft werden, inwieweit - ohne Täuschung und Irreführung - die Konkretisierung möglich ist.

Dem rechtspolitischen Zweck der Festsetzung wird jedoch am ehesten entsprochen, wenn nachträglich eine Vermögensübersicht zum Handelsregister einzureichen ist. Dies belastet die Beteiligten nicht, denn sie müssen zur Feststellung möglicher Wertminderungen im Erfüllungszeitpunkt ohnedies eine Vermögensübersicht aufstellen. - Würde man darauf verzichten, nachträglich eine Vermögensübersicht zu bilden und zum Handelsregister einzureichen, könnten die Gründer dem Konkretisierungsgebot des § 27 I zu leicht ausweichen: Sie bräuchten stets nur zu vereinbaren, das Handelsgeschäft sei zu einem bestimmten Zeitpunkt nach der Handelsregistereintragung (Abschluß der Gründungskontrolle) auf die AG überzuleiten. - Im übrigen haben die Gründer auch hier zu bedenken: Mangelnde Offenheit schadet und ruft das berechnete Mißtrauen späterer Gläubiger und künftiger Aktionäre hervor.

3. Damit können wir zusammenfassen:

Bei der Bestimmung des "Gegenstandes" genügt es, wenn in der Satzung eine allgemeine Umschreibung durch die bisherige Geschäftsbezeichnung enthalten ist. Die Einzelheiten des Geschäftsvermögens sind jedoch in einer Anlage zur Satzung eindeutig anzugeben.

Bei späterer Überleitung des Handelsgeschäfts mit sämtlichen, in diesem zukünftigen Zeitpunkt bestehenden Aktiven und Passiven ist eine Vermögensübersicht für diesen späteren Zeitpunkt aufzustellen und nachträglich zum Handelsregister einzureichen.

III. Person

1. Als Zuordnungssubjekt kommen beim Handelsgeschäft in Betracht: Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG), Erbengemeinschaften nach einem Einzelkaufmann (str.), juristische Personen (AG, GmbH, wirtschaftl. e.V.). Diese Zuordnungssubjekte können, mit Ausnahme der Erbengemeinschaften, nach ganz h.M.¹⁾ Gründer sein und daher auch als Sacheinleger auftreten; bei den Personenhandelsgesellschaften können auch die einzelnen Gesellschafter anstelle der Gesellschaft als Gründer auftreten.

Die einschränkende Auffassung Brodmanns²⁾, juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften könnten nicht "als solche" Gründer sein, vermochte sich zu Recht nicht durchzusetzen. Denn jene Personenvereinigungen können genau wie natürliche Personen Träger von Rechten und Pflichten sein (vgl. § 124 HGB), nach § 31 BGB zivilrechtlich für Delikte verantwortlich sein; die Strafbestimmungen für den Gründungshergang (§ 399 AktG) richten sich gegen die handelnden und vertretungsberechtigten Organe, vgl. § 50 a I StGB. Insofern sind also sämtliche Gründungs-

1) Kraft, in Kölner Komm., § 2 Anm. 44-46
Meyer-Landrut, in Großk. AktG, § 2 Anm. 8-10
2) Brodmann, Aktienrecht, § 182 Anm. 3 b-c

schutzbestimmungen auch bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften voll anwendbar. Merkwürdig erscheint es schließlich, daß Brodmann im GmbH-Recht die genannten Personenvereinigungen als Gründungsbeteiligte zuläßt¹⁾.

Die vorstehenden Ausführungen deuten auch an, warum die Erbengemeinschaft "als solche" nicht Gründerin sein kann: Sie kann nicht wie eine Personenhandelsgesellschaft auftreten und ist nicht deliktstfähig; für die strafrechtliche Verantwortlichkeit der handelnden Erben fehlte es an einer gesetzlichen Zurechnung in § 50 a I StGB: Gründerin wäre die Erbengemeinschaft, nicht aber der einzelne Erbe, deshalb wäre § 399 AktG unanwendbar; und eine entsprechende Anwendung des § 50 a I StGB würde der rechtsstaatliche Grundsatz "nulla poena sine lege" (Art. 103 II GG, § 2 I StGB) verbieten. Außerdem könnte die Erbengemeinschaft ihren Haftungsrahmen begrenzen. Als Gründer können daher nur die Miterben einzeln auftreten.

2. Daraus folgt im einzelnen für die Festsetzung der "Person":

Bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften ergibt sich die Umschreibung der "Person" stets aus ihrer bisherigen Firma; sonstige Kennzeichnungsmöglichkeiten bestehen nicht.

Soll bei einer Personenhandelsgesellschaft nicht die Gesellschaft als Ganzes Gründerin sein, sondern wollen die einzelnen Gesellschafter als Gründer erscheinen, so müssen diese unter ihrer jeweiligen Namensbezeichnung individualisiert werden.

Ebenso sind bei Miterbengemeinschaften die einzelnen Erben mit ihrem Namen aufzuführen.

Allein beim Einzelkaufmann kann es fraglich erscheinen, wie er in der Satzung zu bezeichnen ist. Denn er besitzt

1) Brodmann, GmbHG, § 2 Anm. 6

einen bürgerlichen Namen und einen Handelsnamen, die Firma. Beide Kennzeichnungen können identisch sein, dies braucht aber nicht zu sein: Bei der ursprünglichen Firma könnte der Kaufmann nur einen von mehreren Vornamen in die Firma aufgenommen haben, § 18 I HGB; der bürgerliche Name könnte sich in der Zwischenzeit geändert haben, § 21 HGB; schließlich könnte der Kaufmann eine abgeleitete Firma benutzt haben, § 22 HGB.

Die h.M. ist der Ansicht, ein Einzelkaufmann könne auch unter seiner Firma in der Satzung gekennzeichnet werden¹⁾; hierbei stützt man sich auf den Wortlaut der §§ 17, 343, 344 HGB. Nach Brodmann soll nur der bürgerliche Name zulässig sein²⁾.

Es kann hier dahinstehen, ob das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft über das gesamte einzubringende Handelsunternehmen ein Handelsgeschäft nach §§ 343, 344 HGB ist und dieser Vorgang sich daher "im Handel" (§ 17 I HGB) bewegt; selbst wenn man dies bejaht, läßt sich aus § 17 I HGB kein zwingendes gesetzliches Argument für die h.M. bilden, denn die Kennzeichnungspflicht in § 27 I AktG beruht auf einer speziellen gesetzlichen Wertung; insofern geht also der Bedeutungsgehalt des Festsetzungserfordernisses dem § 17 I HGB vor:

Die firmenrechtlichen Bestimmungen der §§ 17 ff HGB schränken im Interesse des Kaufmanns den Grundsatz der Firmenwahrheit ein. Das Publikum muß es daher hinnehmen, wenn bürgerlicher Name und Firma des Geschäftsinhabers auseinanderfallen und insofern Unklarheiten entstehen können: Das Gesetz hält es eben in § 18 I HGB für geboten, dem Kaufmann - bei längeren Familiennamen - zu einer kürzeren und einprägsameren Firma zu verhelfen und ihm dadurch den Zugang zur Handelswelt zu erleichtern. Bei den

-
- 1) Meyer-Landrut, in Großk. AktG, § 2 Anm. 11
Schilling, in Hachenburg, § 2 Anm. 28
Schlegelberger-Quassowsky, § 2 Anm. 4
Würdinger, in Großk. HGB, § 17 Anm. 13
 - 2) Brodmann, Aktienrecht, § 182 Anm. 3d
ders., GmbHG, § 2 Anm. 6 a

§§ 21, 22 HGB spielt es eine Rolle, den Werbewert einer schon bestehenden Firma nicht zu vernichten¹⁾.

Solche Interessengesichtspunkte sind für den Einzelkaufmann bei der Satzungsfeststellung nicht nur bedeutungslos, sie widersprechen geradezu der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 27 AktG; denn diese Bestimmung nimmt Zweifel und Unklarheiten - im Interesse Außenstehender - gerade nicht in Kauf und will sie unmöglich machen.

Unklarheiten können sich für Außenstehende nicht nur aus der Verschiedenheit von Firma und bürgerlichem Namen ergeben. Es könnte auch verwirren, wenn in der Satzung nur die Firmenbezeichnung gewählt wird, in sonstigen Urkunden und bei der Handelsregisterbekanntmachung dagegen der bürgerliche Name des Sacheinlegers auftaucht; es wäre nicht ersichtlich, welche Person unter ihrem bürgerlichen Namen zugleich der Firmeninhaber und damit der Sacheinleger ist. Und wie wäre es denn, wenn ein Einzelkaufmann mehrere Firmen führt? Welche von den mehreren Firmen dürfte er gebrauchen? Beim Gebrauch der Firma bestünde weiterhin die Gefahr, daß eine Person zweimal als Gründer auftritt - unter bürgerlichen Namen und unter der Firma - und dadurch die nach § 2 erforderliche Zahl von fünf Gründern umgangen würde.

Außerdem kämpft die h.M. in folgendem Fall mit Auslegungsschwierigkeiten: Es werden Namensaktien ausgegeben, deren Übertragung an die Zustimmung der AG gebunden ist, § 68 II; wird in der Satzung nur eine Firma benutzt, so ist es fraglich, ob die Bindung auch dann gilt, wenn der Firmeninhaber in der Zwischenzeit wechselt²⁾. Solche Unklarheiten lassen sich nur vermeiden, wenn der bürgerliche Name in die Satzung aufgenommen wird.

1) HGB-Denkschrift, S. 34 f.

2) Meyer-Landrut, in Großk. AktG, § 2 Anm. 11
Würdinger, in Großk. HGB, § 17 Anm. 13

Es ließe sich jetzt vielleicht an folgenden Einwand denken: Der Interessierte könne die Zweifel durch Einblick in die Handelsregisterauszüge beheben. Das wäre aber aus einem doppelten Grund unzutreffend:

Denn zum einen sollen - nach der aktienrechtlichen Wertung - die Festsetzungen selbst zweifelsfrei sein, der Außenstehende soll sich auf eindeutige und gesicherte Satzungsangaben stützen können.

Zum anderen brauchen die Handelsregisterauszüge nicht mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinzustimmen; es besteht nur eine Vermutung für ihre Richtigkeit und Vollständigkeit¹⁾: Es könnte sich z.B. unmittelbar vor der Gesellschaftserrichtung ein Inhaberwechsel vollzogen haben, der neue Inhaber ist noch nicht im Handelsregister eingetragen und es unterbleibt auch später (wegen fehlerhafter Anmeldung nach § 31 HGB; das Registergericht versäumt die Eintragung).

Bedenken gegen die h.M. ergeben sich schließlich aus den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes²⁾: § 10 I BeurkG sieht vor, daß die Personen in der notariellen Niederschrift so genau bezeichnet werden, daß Zweifel und Verwechslungen ausgeschlossen sind; selbst bei der notariellen Beglaubigung von Firmenzeichnungen ist nach § 41 S. 2, 3 BeurkG auch die Person anzugeben, welche mit der Firma gezeichnet hat. Dies gilt erst recht für die notarielle Beurkundung nach § 10 I BeurkG; das Beurkundungsrecht legt es daher ebenfalls nahe, den Einzelkaufmann unter seinem bürgerlichen Namen zu bezeichnen.

3. Zusammenfassend können wir daher sagen:

Juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften können als Gründer nur durch ihre Firma gekennzeichnet werden. Bei Personenhandelsgesellschaften können statt

1) B.-Duden, § 9 Anm. 2

Würdinger, in Großk. HGB, § 8 Anm. 15

2) Die Feststellung der Satzung unterliegt gemäß § 23 I 1 der notariellen Beurkundung.

dessen, bei Erbengemeinschaften müssen die einzelnen Mitglieder Gründer sein; in diesem Fall sind die jeweiligen Namen der Mitglieder festzusetzen.

Ein Einzelkaufmann kann nicht durch eine Firma gekennzeichnet werden; erforderlich ist sein bürgerlicher Name.

2. Teil :

Dinglicher Teil des Sacheinlagegeschäfts (Erfüllung)

Die Vorschrift des § 362 I BGB bestimmt: "Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird". Damit umschreibt das Gesetz - über den Rahmen des BGB hinaus - die "Erfüllung". Für den Eintritt der Rechtsfolge "Erlöschen des Schuldverhältnisses" kommt es demnach auf dreierlei an: Auf die "geschuldete Leistung", auf deren "Bewirken" und schließlich muß dies gegenüber dem "Gläubiger" geschehen.

"Gläubiger" ist, wem der Anspruch auf die geschuldete Leistung zusteht; für die Verpflichtungen der Aktionäre ist dies die Aktiengesellschaft. Das Gesetz verdeutlicht dies auch im dritten Teil zum ersten Buch des AktG (§§ 54 ff. AktG), denn es behandelt hier die "Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter" und ordnet dort die Verpflichtungen der Aktionäre ein.

Die Verpflichtung des Sacheinlegers ergibt sich - wie wir früher sahen - aus einem primären und einem sekundären Geschäft. Aus dem primären Geschäft folgt die Pflicht, einen bestimmten Kapitalbetrag (§ 54 I) zu leisten, aus dem sekundären Geschäft (Sacheinlagevertrag im engeren Sinn) leitet sich die Verpflichtung ab, einen bestimmten Gegenstand auf die AG zu übertragen, um dadurch den geschuldeten Kapitalbetrag zu erbringen; erst die ordnungsgemäße Ausführung des sekundären Geschäfts vermag die Kapitalaufbringungspflicht nach § 54 I zu erfüllen.

Unter dem "Bewirken" der geschuldeten Leistung haben wir nicht nur die Leistungshandlung des Schuldners zu verstehen, sondern - soweit der Schuldner darüber hinaus

einen Erfolg herbeizuführen hat - auch die Herstellung des Leistungserfolges¹⁾.

Erfolgsbestimmt sind namentlich Verpflichtungen zur dinglichen Übertragung eines Gegenstandes; in diesen Fällen hängt der Eintritt des Leistungserfolges davon ab, daß der Gläubiger Eigentümer oder Rechtsinhaber geworden ist. Hierher zählt auch die Übertragung eines Handelsgeschäfts; freilich erfolgt die Zuständigkeitsänderung des Handelsunternehmens samt Vermögen nicht "uno actu"; erforderlich ist stets, jeden Gegenstand des Unternehmens einzeln nach den dafür einschlägigen Vorschriften zu übertragen; die Übertragung des eigentlichen Kernbereichs - man spricht auch von der Einweisung in den Tätigkeitsbereich - erfolgt in entsprechender Anwendung der §§ 929 ff. BGB (Einigung und Vollzugshandlung)²⁾.

Damit haben wir die sachlichen Voraussetzungen verdeutlicht, die zur Erfüllung der Sacheinlageverbindlichkeit gehören.

Die nachfolgende Trennung in zwei Kapitel - Erfüllung vor der Handelsregistereintragung (A) und Erfüllung nach diesem Zeitpunkt (B) - ergibt sich aus dem Gesetz: § 41 I 1 bestimmt nämlich: "Vor der Handelsregistereintragung besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht". Im Zusammenhang mit dieser Vorschrift besteht viel Streit; die Verfasser des AktG von 1965 haben die Klärung der damit zusammenhängenden Streitfragen ausdrücklich Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen³⁾. Streng genommen ist daher die Überschrift zum ersten Kapitel - um keiner Theorie vorzugreifen - in Frageform zu denken: Kann die Sacheinlagepflicht überhaupt vor der Handelsregistereintragung erfüllt werden? Und welche praktischen Auswirkungen hat dies

1) Vgl. Larenz, Schuldrecht AT, S. 172 (= § 18 I)

2) J.v.Gierke, Handelsrecht, S. 75
Pisko, in Ehrenbergs Hdb. II, S. 201

Würdinger, Großk. HGB, § 22 Anm. 2, 20
3) Motive 1965 (bei Kropff) zu § 41, S. 60

bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts?

Das zweite Kapitel beschäftigt sich mit der Zulässigkeit der späteren Einbringung und den Unterschieden zum ersten Fall.

A. Einbringung des Handelsgeschäfts vor Eintragung der AG

I. Theoretische Grundlage für die Begründung einer Erfüllung

1. Ob ein Schuldverhältnis erlischt, hängt davon ab, daß die geschuldete Leistung an den "Gläubiger" bewirkt wird. "Gläubiger" der Sacheinlage ist, wie sich aus den §§ 54 ff. ergibt, die Aktiengesellschaft. Wie steht es aber mit der Gläubigereigenschaft vor der Handelsregistereintragung?

Die h.M. folgt der sogenannten Identitätslehre¹⁾²⁾. Sie

-
- 1) Die Identitätslehre wurde vom RG in ständiger Rechtsprechung vertreten, vgl. für die GmbH: RGZ 58, 55/56; 83, 370/373; 87, 246/249; 105, 228/229; 143, 368/372; 151, 86/91; vgl. für die AG: RGZ 144, 348/356; 154, 276/286.

Aus dem Schrifttum vgl.:

Dilcher, JuS 1966, S. 92-94; Dregger, S. 50, 63 ff.; Düringer-Hachenburg, § 200 Anm. 9 f.; Feine, S. 201; Rud. Fischer, S. 110; Flume, S. 26, 38 f., 39-43; Ganßmüller, GmbHRdsch. 1967, S. 75 ff.; Gierke, HR, § 41 IV 2; Kraft, in Kölner Komm., § 41 Anm. 10-13; Lehmann-Dietz, S. 305; Ludewig, LZ 1933, Sp. 416; Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 188 ff.; Schlegelberger-Quassowski, § 34 Anm. 2 f.; Schnorr v. Carolsfeld, DNotZ 1963, S. 410; Schreiber, S. 65 ff.; Schultze v. Lasaulx, in Soergel-Siebert, vor § 21 Anm. 62, 64 f.; Staub-Pinner, § 200 Anm. 3; Teichmann-Köhler, § 34 Anm. 3; Wieland, Bd. 2, S. 71 f.

- 2) Der Sache nach folgt der BGH in BGHZ 45, 338/348 der Identitätslehre, ohne ausdrücklich hierzu Stellung zu nehmen. Denn der BGH geht davon aus, daß ein der GmbH-Gründerorganisation gehörendes Grundstück nach der Handelsregistereintragung automatisch der GmbH gehört; das Grundbuch sei lediglich zu berichtigen. Die Gegner der Identitätslehre hatten in solchen Fällen die Ansicht vertreten, es müsse eine erneute Auffassung von der "Gründergesellschaft" auf die eingetragene jur. Person erfolgen, vgl. z.B. Gadow, JhJb 87, S. 266

besagt: Mit der Gesellschaftserrichtung (§ 29) entsteht die Vorgesellschaft der AG; man spricht auch von: Vor-AG, Gründungsgesellschaft, Gründungsverein; die errichtete AG und die eingetragene AG sind keine verschiedenen Vereinigungen, sondern dieselbe Vergesellschaftung in verschiedenen Entwicklungsabschnitten; deshalb gebraucht man auch die Bezeichnung: "Identitäts"-lehre. Mit der Eintragung erwirbt die errichtete AG - bis zu diesem Zeitpunkt besteht ein Gesamthandsverhältnis der Gründer - lediglich die Rechtsfähigkeit als eine besondere Eigenschaft hinzu; auf keinen Fall schafft die Eintragung erst die Gesellschaft; sondern sie gibt dem schon bestehenden Personenverband die Rechtsfähigkeit; damit ist die AG in ihrer Entwicklung vollendet und es besteht die AG "als solche" (§ 41 I 1). Deshalb steht das Vermögen der errichteten AG ohne weiteres der eingetragenen AG zu, eine Rechtsübertragung findet nicht statt.

Von der "errichteten AG" (Vor-AG) unterscheidet die Identitätslehre streng die "Vorgründungsgesellschaft", die man auch mit den Ausdrücken "Gründergesellschaft" und "Nebengesellschaft" versieht¹⁾. Aus diesen letztgenannten Gesellschaften entsteht nicht die AG. Der Unterschied läßt sich am besten so verdeutlichen: Die Vor-AG (errichtete AG) entsteht notwendig mit dem Errichtungsakt; mit der Handelsregistereintragung ist eine notwendige zeitliche Schranke gesetzt.

Die Nebengesellschaft (Gründergesellschaft, Vorgründungsgesellschaft) kann bestehen, ist also nicht notwendig; außerdem setzt die Handelsregistereintragung keine notwendige zeitliche Schranke, sie kann vor oder nach der Handelsregistereintragung zu bestehen aufhören.

Die Identitätslehre beruht auf den schon genannten Bestimmungen der §§ 29, 41 I 1 ("als solche"); weiterhin auf der Tatsache, daß vor und nach der Handelsregistereintragung

1) Vgl. statt aller: Gierke, § 41 IV 2
Kraft, Kölner Komm., § 41 Anm. 14 f. § 1 Anm. 27

das äußere Erscheinungsbild des Personenverbandes übereinstimmt: Aufsichtsrat, Vorstand und Aktionäre sind dieselben; weiterhin bleibt das aus den Einlagen gebildete Verbandsvermögen identisch, außerdem führt man auch Interessensgesichtspunkte ins Feld.

Nach der Identitätslehre läßt sich demnach eine Erfüllung vor der Handelsregistereintragung zwanglos begründen, denn die Existenz der AG beginnt schon mit der Errichtung; es handelt sich in diesem Stadium lediglich um einen noch unfertigen Personenverband, der aber selbst schon Träger der Einlageansprüche ist.

Die Gegner der Identitätslehre wollen die AG nicht schon mit der Gesellschaftserrichtung (§ 29) rechtlich existieren lassen, sondern erst mit der Eintragung; die vorher bestehende Gesellschaft sei verschieden von der späteren AG. Vor allem berufen sich diese Meinungen auf den Wortlaut der § 41 I 1 ("besteht nicht") und § 41 II¹⁾.

Die Gegner der Identitätslehre geben jedoch keine einheitliche Antwort, ob und wie die Sacheinlagepflicht erfüllt werden kann, ob sich also der Leistungserfolg vor der Handelsregistereintragung schon herbeiführen läßt: Einige sind der Auffassung, Sacheinlagen könnten vor der Handelsregistereintragung gar nicht erfüllt werden.

Lehmann-Hoeniger, Ritter und Georgakopoulos vertreten diese Ansicht²⁾. Als Begründung führt man an: In etwas, was nicht ist, könne auch nichts eingelegt werden.

Außerdem will man aus dem Fehlen besonderer Haftungsvorschriften - wie sie für die Einzahlungen vor der Handelsregistereintragung vorgesehen sind, §§ 37 I 4, 46 I 2, 48 S. 1 - auf die Unzulässigkeit einer Erfüllungsmöglichkeit für die Sacheinlage schließen.

1) Wenn das Gesetz von einem Übergang der Schulden durch "Schuldübernahme" ausgehe, so sei dies mit der Annahme einer Identität der beiden Gesellschaftsformen unvereinbar.

Vgl. Gadow, JhJb 87, 255 f.; Horn, NJW 1964, 89

2) Lehmann-Hoeniger, S. 326 Fn. 2

Ritter, § 20 Anm. 2 d; Georgakopoulos, S. 135

Die sonstigen Gegner der Identitätslehre teilen die eben erwähnte Auffassung nicht und sprechen durchaus von einer vorzeitigen Ausführung der Sacheinlageverpflichtung. Dabei sind aber folgende Unterscheidungen zu verzeichnen:

Insbesondere Gadow ist der Ansicht, die Sacheinlage könne erfüllt werden; sie stehe zunächst der Gründergesellschaft gesamthänderisch zu, nach der Handelsregistereintragung müsse eine Übertragung der einzelnen Vermögensstücke von der Gründergesellschaft auf die AG erfolgen; dies könne durch den Vorstand auch stillschweigend nach § 181 BGB erfolgen¹⁾. Es findet sich auch die Ansicht vertreten, das der Vorgesellschaft gehörende Vermögen gehe nicht im Wege der Einzelrechtsübertragung, sondern durch eine Gesamtrechtsnachfolge auf die eingetragene AG über²⁾.

Nach anderen besteht dagegen keine gesamthänderische Zuständigkeit der Gründer, die Sacheinlage steht der (künftigen) AG zu; der Sacheinlagegegenstand wird daher aufschiebend bedingt auf den schon bestellten Vorstand als Vertreter der künftigen AG übertragen. Mit der Handelsregistereintragung tritt die Bedingung ein und die AG erlangt von selbst den Gegenstand zum Eigentum³⁾. Wichtig ist jedoch, daß nach dieser Ansicht der Erfüllungse r f o l g erst mit der Handelsregistereintragung eintritt.

Unterschiedlich sind die Auffassungen dieser letztgenannten Meinungsgruppe, wie es sich bei einem Handelsgeschäft

1) Gadow, Großk. AktG 1. Aufl., § 34 Anm. 17, 21 ders., JhJb. 87, S. 265-268

wohl auch Horn, NJW 64, S. 90

Enneccerus-Nipperdey, S. 650

2) Wiedemann, JurA 1970, S. 444

3) Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 5, 25; Heim, ZHR 108, 210 Pleyer, GmbH-Rdsch 1959, 94

Wagner, S. 263 (unter Berufung auf Würdinger)

Würdinger, S. 104, 106

offenbar auch Brodmann, § 200 Anm. 1b (S. 102), § 195 Anm. 6e

als Sacheinlagegegenstand verhält. Würdinger¹⁾ macht nämlich bei der Möglichkeit einer aufschiebend bedingten Übertragung eine Einschränkung: Es solle sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen richten, inwieweit Vermögensgegenstände schon vor der Entstehung der AG auf sie aufschiebend bedingt übertragen werden können. Offensichtlich geht Würdinger davon aus, daß ein Handelsgeschäft nicht aufschiebend bedingt auf die AG übertragen werden kann: Denn es solle von der Vereinbarung der Beteiligten abhängen, wie das Handelsgeschäft bis zur Einbringung betrieben werde, als OHG oder als Innengesellschaft; eine etwa bestehende OHG oder Innengesellschaft solle sich alsdann mit der dinglichen Übertragung (Einbringung) des Geschäfts auflösen²⁾; die Gegenstände des Geschäftsvermögens müßten also einzeln zu diesem Zeitpunkt übertragen werden.

Godin-Wilhelmi³⁾ halten demgegenüber offenbar eine aufschiebend bedingte Übertragung des Handelsgeschäfts auf den Vorstand für möglich, die zu einem von-selbst-Erwerb der AG mit ihrer Eintragung führt. Für Verfügungen über das zum Handelsgeschäft gehörende Vermögen sollen nach der Eintragung Genehmigungen erforderlich sein; für Verpflichtungen, die nach der Übergabe des Handelsunternehmens an den Vorstand begründet worden sind, soll die AG nur nach der Übernahme aus § 41 II haften.

2. Bei der Stellungnahme zu diesen Meinungsverschiedenheiten empfiehlt es sich am zweckmäßigsten, folgende Reihenfolge einzuhalten:

Zuerst ist die Ansicht von Ritter und Georgakopoulos zu prüfen, die Sacheinlage könne vor der Handelsregistereintragung nicht ausgeführt werden (a).

Als nächstes interessiert die Auffassung: Die Sacheinlage-

1) Würdinger, S. 106

2) Würdinger, S. 103

3) Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 17, vgl. auch Anm. 5, 25

verpflichtung kann bereits ausgeführt werden; nach der Handelsregistereintragung ist jedoch eine nochmalige Vermögensübertragung notwendig, sei es im Wege der Einzelrechtsübertragung oder sei es im Wege der Gesamtrechtsübertragung (b).

Sodann bleiben die Meinungen übrig: Sacheinlagen können bereits ausgeführt, mit der Handelsregistereintragung erfolgt keine besondere Vermögensübertragung mehr, hier als erstes die Ansicht von der aufschiebend bedingten Übertragung (c), dann die Überlegung der Identitätslehre (d).

a) Gegen die Meinungen, die eine Ausführung von Sacheinlagen prinzipiell ablehnen, lassen sich folgende Gesichtspunkte anführen:

Angenommen, die AG bestünde noch nicht, wie Ritter meint. Dann würde die Aussage Ritters¹⁾ - in etwas, was nicht ist, könne auch nichts eingelegt werden - doch durch das Gesetz widerlegt. Denn im Falle von Bareinlagen muß nach § 36 II 2 mindestens ein Viertel des Nennbetrages "eingezahlt" sein; dieser Betrag - das bestreitet auch Ritter nicht - steht der AG mit ihrer Eintragung ohne weiteres zu. Seine unterschiedliche Behandlung von Bar- und Sacheinlagen vermag er jedoch nicht aufzuhehlen; es fehlt die triftige Begründung, wem die Bareinlage vor der Eintragung zugeordnet ist, warum sie danach sofort der AG gehört und warum dies nicht bei Sacheinlagen möglich ist. Aus seiner Aussage läßt sich daher kein tragfähiges Argument gewinnen.

Weiterhin spricht das Gesetz in § 37 III Nr. 2 gegen ihn. Dort ist gesagt: Bei der Anmeldung der AG zum Handelsregister seien "im Fall der §§ 26 und 27 die Verträge, die den Festsetzungen zugrunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen worden sind", ebenfalls einzureichen. § 27 regelt - wie wir wissen - neben den Sachübernahmen auch die Sacheinlagen. Spricht deshalb der Gesetzgeber in § 37 III Nr. 2 von Ausführungsgeschäften und bezieht sich dabei auf die Sacheinlagebestimmung des § 27,

1) Ritter, § 20 Anm. 2d

müssen deshalb Erfüllungshandlungen möglich sein¹⁾. Ob sich durch die "Ausführung" schon der Erfüllungserfolg herbeiführen läßt, kann an dieser Stelle noch dahinstehen.

Die Begründung von Georgakopoulos²⁾ - aus dem Fehlen besonderer Haftungsbestimmungen, wie sie für die Bareinlagen in §§ 37 I 4, 46 I 2, 48 S. 1 bestehen, müsse man auf die Unzulässigkeit vorzeitiger Erfüllungshandlungen für Sacheinlagen schließen - ist ebenfalls unzutreffend: Denn zum einen wird die schon erörterte Vorschrift in § 37 III Nr. 2 übersehen. Zum anderen geht Georgakopoulos von der unrichtigen Prämisse aus, die Erfüllung der Einlagepflicht sei nur dann ausführbar, wenn das Gesetz für die Ausführung besondere Haftungs Vorschriften aufstelle; denn die genannten Haftungsbestimmungen sind lediglich eine zusätzliche gesetzliche Maßnahme und keine notwendige Voraussetzung, die ordnungsgemäße Kapitalaufbringung herbeizuführen.

Wir können somit festhalten:

Prinzipielle Einwände gegen eine vorzeitige Ausführung von Sacheinlagegeschäften sind nicht gegeben.

b) Gadow hält mit der h.M. eine Ausführung des Sacheinlagegeschäfts für möglich, und er spricht in diesem Zusammenhang auch von "Erfüllung"³⁾.

Eine genaue Überprüfung seiner Begründung zeigt jedoch, daß es sich weder um die Erfüllungshandlung und schon gar nicht um die Herbeiführung des Erfüllungserfolges handeln kann. Gadow meinte ja, nach der Handelsregistereintragung sei eine Vermögensübertragung von der "Gründergesellschaft"

1) Im Schrifttum versteht man die 'Ausführungsgeschäfte' in § 37 III Nr. 2 als Erfüllungsgeschäfte, vgl.

Barz, in GroBk. AktG, § 37 Anm. 5

Kraft, in Kölner Komm., § 37 Anm. 41

2) Georgakopoulos, S. 135

3) Gadow, in GroBk. AktG (1. Aufl.), § 34 Anm. 21, § 28 Anm. 14; Gadow, JhJb. 87, 265-268

wohl auch Horn, NJW 64, 90; Enneccerus-Nipperdey, S. 650

auf die AG notwendig; dies könne auch durch stillschweigendes Insichgeschäft des Vorstandes nach § 181 BGB erfolgen.

Zunächst: Ist eine Vermögensübertragung von der "Gründergesellschaft" auf die eingetragene AG notwendig, so ergibt sich daraus: Das Einlageobjekt gebührt der AG und nicht der davon verschiedenen "Gründergesellschaft"; deshalb war schon von vornherein die AG als Gläubigerin anzusehen und die Übertragung des Sacheinlagegegenstandes auf die "Gründergesellschaft" war daher nicht an den "Gläubiger", sondern an einen Dritten bewirkt. Den Unterschied zwischen der "Gründergesellschaft" und der AG betont Gadow aber an anderen Stellen. Kein Gesellschafter ist aber berechtigt und verpflichtet, seinen Einlagegegenstand einem von der AG verschiedenen Rechtssubjekt zu übertragen. Verpflichtet ist der Aktionär - wie die §§ 54 ff. voraussetzen - nur gegenüber der AG.

Sofern in Gadows Terminologie die "Gründergesellschaft" bzw. "Vorgesellschaft" dieselbe Bedeutung haben sollte wie die Vor-AG in der Identitätslehre, ergibt sich ein weiteres Bedenken: Eine Vermögensübertragung müßte den Fortbestand der ursprünglichen Vorgesellschaft über den Eintragungszeitpunkt hinaus voraussetzen, denn sonst könnte der Vorstand nicht zugleich als Vertreter der Vorgesellschaft und der AG den Vermögensübergang nach § 181 BGB bewirken. - Die Vorgesellschaft hört jedoch notwendig in ihrer rechtlichen Existenz mit dem Eintragungszeitpunkt auf, so daß keine Vermögensübertragung mehr möglich wäre; außerdem erfahren die Beteiligten meistens erst nachträglich, wann die Handelsregistereintragung erfolgt ist (vgl. § 130 II FGG). Formbedürftige Übertragungen wie z.B. bei Wechseln und Grundstücken wären dann erst recht unmöglich.

Schließlich gestattet § 54 III 1, vor der Handelsregistereintragung die geschuldeten Geldbeträge auf ein Konto

"der Gesellschaft" einzuzahlen. Das Gesetz läßt hier nicht erkennen, daß nochmalige Vermögensübertragungen in irgendeiner Form erforderlich sind. Im Gegenteil: Es setzt als selbstverständlich voraus, es könne bereits vor der Eintragung ein Konto "der Gesellschaft" bestehen (gemeint ist die Aktiengesellschaft), für das die Handelsregistereintragung keine Rolle mehr spielen kann.

Ebenso unzutreffend wäre es, anstelle einer Einzelrechtsübertragung (so Gadow) eine Gesamtrechtsnachfolge von der Vorgesellschaft auf die eingetragene Gesellschaft zu behaupten. Wiedemann vertritt neuerdings diese Ansicht¹⁾. Er beruft sich auf Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes und meint:

Die Umwandlung einer Gründerorganisation in eine AG sei den §§ 44 I, 49 I UmwG so unähnlich nicht. Denn dort seien Fälle geregelt, in denen ein und dieselbe Gesellschaft erst ein Gesamthandsvermögen trägt und anschließend als rechtsfähige Körperschaft das gleiche Vermögen weiterführt; hinsichtlich des Zuordnungswandels befiehlt das Gesetz Gesamtnachfolge. Wiedemann geht weiter von einer vorzeitigen Erfüllung aus, er sagt: Die Einlagen der Gründer müßten dinglich auf die Vorgesellschaft übertragen werden, sonst sei nicht befreiend geleistet²⁾.

Der Vergleich zum Umwandlungsgesetz paßt nicht, die Fallgestaltung ist dort anders:

In § 41 III UmwG geht das Gesetz davon aus, daß die Gründungsbestimmungen des AktG anwendbar seien, soweit sich aus dem Umwandlungsrecht nicht etwas Besonderes ergibt. Während nach den allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen Ausführungsgeschäfte von Sacheinlagen bereits vor der Handelsregistereintragung möglich sind, macht das UmwG hier eine Einschränkung: Die Ausführung der "Umwandlung" erfolgt erst mit der Handelsregistereintragung. Es ist

1) Wiedemann, Jura 1970, S. 444

2) Wiedemann, Jura 1970, S. 461

auch zu bedenken, daß die über das Geschäftsvermögen Verfügungsberechtigten in der bisherigen Personenhandels-gesellschaft und der AG verschieden sein können, der be-stellte Vorstand der AG braucht also nicht personengleich mit den bisher vertretungsberechtigten Gesellschaftern zu sein. Um den Betroffenen in jedem Fall die Mühen einer Einzelrechtsübertragung zu ersparen, ermöglicht das Gesetz eine Gesamtrechtsübertragung.

Dies ist die Bedeutung des § 44 I UmwG.

Im übrigen ergeben sich dieselben Bedenken wie bei der Einzelrechtsübertragung. Denn sachlogisch setzt eine Ge-samtrechtsnachfolge ebenfalls zwei verschiedene Rechts-träger voraus, die auch nebeneinander bestehen könnten. Der Gründer ist aber, wie die §§ 54 ff. AktG ergeben, nur gegenüber der "Gesellschaft" verpflichtet, seine Einlagen zu erbringen, nicht einem davon verschiedenen Rechtsgebilde; außerdem läßt § 54 III 1 ¹⁾ keine Gesamtrechtsnachfolge erkennen.

c) Die sonstigen Gegner der Identitätslehre vermeiden sol-che Widersprüche. Denn man hält lediglich eine Erfüllungshandlung für möglich, schließt den Eintritt des Erfüllungserfolges dagegen aus: Die Einlagen, die sich in der Verfügungsgewalt des Vorstandes befinden, sollen aufschiebend bedingtes Eigentum der AG sein. Bedingungseintritt sei die Handelsregistereintragung; dadurch werde auch ein von-selbst-Erwerb der AG erst möglich; jedenfalls bestehe in der Zwischenzeit keine Eigentümerstellung des Vorstandes oder der davon verschiedenen Gründergesellschaft (Vorge-sellschaft) ²⁾.

1) Einzahlung auf ein Konto der "Gesellschaft", gemeint ist die Aktiengesellschaft.

2) Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 5, 17, 25
Heim, ZHR 108, S. 210; Pleyer, GmbH-Rdsch. 1959, S. 94
Wagner, S. 263
Würdinger, S. 104, 106; in Vorauf. S. 107, 114

Gegen diese Lehre ergeben sich folgende Einwände:
Für Bareinlagen spricht das Gesetz in § 36 II 1 aus, der eingeforderte Betrag müsse endgültig zur "freien Verfügung" des Vorstandes stehen. Das Erfordernis der "freien Verfügung" für übertragene Geldstücke erscheint jedoch schwerlich vereinbar mit der aufschiebend bedingten Übertragung. Denn in diesem Falle wäre der einlagepflichtige Aktionär noch Eigentümer des Geldes und er hätte seiner Einlagepflicht noch nicht genügt. Immerhin könnte man dagegen sagen: Wenn auch das Eigentum beim Aktionär verbleibt, so ist dem Vorstand doch eine Verfügungsermächtigung eingeräumt. Gegen diesen Ausweg könnte man jedoch wiederum vorbringen: Bei Geldübertragungen ist eine Trennung von Eigentum und Verfügungsgewalt nicht nur unwahrscheinlich und wenig sinnvoll (von den eingeforderten Geldern sollen bereits Gebühren und Steuern bezahlt werden!); eine Verfügungsermächtigung wäre auch nach § 183 BGB widerruflich und würde dadurch die "endgültige" und "freie Verfügung" des Vorstandes nach § 36 II 1 wieder aufheben können.

Diese Ausführungen galten bisher für Barzahlungen zu Händen des Vorstandes. Die nach § 54 III ebenfalls zulässigen Einzahlungen durch bestätigte Bundesbankschecks und Gutschriften auf Bankkonten widerlegen erst recht die Annahme einer aufschiebend bedingten Übertragung.

Schecks gehören zu den Wertpapieren, für die der wertpapierrechtliche Grundsatz gilt: Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier¹⁾. Das bedeutet: Der Schecknehmer kann Rechte aus einem Scheck nur herleiten, wenn ihm der Scheckaussteller das Eigentum an der Scheckurkunde übertragen hat. Würde nun der Gründer als Scheckaussteller den Scheck nur aufschiebend bedingt übertragen, so verbliebe bis zur Handelsregistereintragung das Eigentum bei ihm und der Schecknehmer (= die AG, durch den Vorstand handelnd) hätte in der Zwischenzeit - wegen fehlenden

1) Jacobi, S. 34

Eigentums - keine Rechte aus dem Scheck bzw. das bezogene Bankinstitut könnte dem Schecknehmer den Einwand des fehlenden Eigentums entgegenhalten und eine Einlösung verweigern.

Würden sämtliche Bareinleger mit Scheck bezahlen, könnten bei Unmöglichkeit ihrer Einlösung auch keine Steuern und Gebühren bezahlt werden; § 36 II 1 geht jedoch davon aus, daß die eingezahlten Gelder zur Bezahlung von Steuern und Gebühren verwendet werden können.

Ein ähnliches Bild ergibt sich für die Gutschriften auf Konten der Gesellschaft: Indem zwischen Gründer und AG ein Dritter (= Bankinstitut) eingeschaltet wird, der die Gutschrift ausführt, wird eine aufschiebend bedingte Wertzuwendung ausgeschlossen.

Wir wollen dies veranschaulichen: Der einlagepflichtige Aktionär beauftragt sein Bankinstitut, den geschuldeten Geldbetrag durch Banküberweisung auf das Konto der AG zu übermitteln; mit Eingang des Geldbetrags bei dem Geldinstitut der AG erfolgt die "Gutschrift"; dadurch wird ein Anspruch der AG begründet, über dieses Guthaben zu verfügen; eine Zugriffsmöglichkeit des überweisenden Gründers besteht nicht mehr, das "Buchgeld" ist endgültig aus seinem Vermögen ausgeschieden.

Es liegt auf der Hand, daß in solchen Fällen nicht mit der aufschiebend bedingten Übertragung vorgegangen werden kann.

Die vorstehenden Ausführungen haben damit verdeutlicht: Wenn für "Einzahlungen" nach § 54 III aufschiebend bedingte Übertragungen unmöglich sind, sondern bereits der Erfüllungserfolg eingetreten sein muß, liegt der Fehler dieser Lehrmeinungen in der Prämisse von den aufschiebend bedingten Gründungsverhältnissen. Man kann folglich auch nicht weiter schließen: Für Sacheinlagen komme nur eine aufschiebend bedingte Übertragung in Betracht.

Es läßt sich auch nicht sagen: Für Bareinlagen gelte etwas anderes und sie würden von Anfang an als der AG gehörend

"fingiert"¹⁾. Denn die Übertragung von Geldstücken und Scheckurkunden erfolgt, wie wir sahen, nach sachenrechtlichen Grundsätzen. Was für die Bareinlagen notwendig ist, läßt sich bei Sacheinlagen, die ebenfalls nach sachenrechtlichen Grundsätzen übertragen werden, schlecht als etwas anderes darstellen.

Unzutreffend ist weiterhin der Ausgangspunkt, das Gesetz bediene sich für die Vermögenszuordnung der Bareinlagen einer "Fiktion": Von einer "Fiktion" könnte man beispielsweise sprechen, wenn der Gesetzgeber einen "zwingenden" Obersatz auf diese Weise durchbrechen wollte²⁾. Das Gesetz gibt für solche Deutungen jedoch keinen Anhaltspunkt: Üblicherweise werden gesetzliche Fiktionen mit den Wendungen "als ob" und "gilt" angedeutet. Wenn freilich in § 54 III 2 die Formulierung benutzt wird, Forderungen des Vorstandes aus diesen Einzahlungen "gelten" als Forderungen der Gesellschaft, so ist damit lediglich gemeint: Ansprüche des Vorstandes gegen das Bankinstitut aus Gutschriften auf einem "Konto des Vorstandes" (§ 54 III 1) sollen als Forderungen der "Gesellschaft" gelten; damit sollte etwas Ähnliches wie für den Kommissionär in § 392 II HGB zum Ausdruck gebracht werden. Falls Gutschriften auf ein "Konto der Gesellschaft" (§ 54 III 1) erfolgen, ist die Regelung in § 54 III 2 selbstverständlich gegenstandslos.

Schließlich würde die genannte Fiktion Schwierigkeiten in der Vermögenszuordnung bei Ausbleiben der Eintragung (= Bedingungseintritt) mit sich bringen, falls Gutschriften bereits erfolgt und Schecks eingelöst worden sind. Ein automatischer Rückfall der Bareinlagen an die einzelnen Gründer wäre unmöglich, denn sie mußten - wie oben gezeigt - endgültig aus ihrem Vermögen ausscheiden. Die AG als aufschiebend bedingtes Rechtssubjekt kann es

1) Würdinger, S. 106; Ritter, § 20 Anm. 2 d

2) Der Obersatz müßte lauten: Alle Einlagen sind im Gründungsstadium aufschiebend bedingtes Eigentum der AG. Die einschränkende "Fiktion" würde dann bedeuten: Bareinlagen "gelten" jedoch als von Anfang an der AG gehörend.

ebenfalls nicht sein. Mit dem Wegfall der aufschiebend bedingten AG entfällt auch die Organstellung des Vorstandes, dem bisher die Verfügungsmacht eingeräumt war.

Für sich selbst hatte der Vorstand kein eigenes Recht begründet. Die daneben bestehende Gründergesellschaft kann es ebenfalls nicht sein - es wurde ja von diesen Meinungen betont, eine gesamthänderische Zuständigkeit komme nicht in Betracht¹⁾ -, denn deren Zweck war lediglich, das zur Entstehung der AG Erforderliche zu tun.

Auf bedenkliche Konsequenzen bei dem Ausgangspunkt der aufschiebend bedingten Gründungsverhältnisse sei bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts verwiesen:

Konsequenterweise müßte die aufschiebend bedingte Übertragung bei Ausbleiben des Bedingungseintritts (= Handelsregistereintragung) dazu führen, daß die Einlagegegenstände dem dinglich Berechtigten, dem Einleger, zurückgegeben werden müßten: Zum Nachteil der Geschäftsgläubiger, die im Vertrauen auf das Geschäftsvermögen kontrahiert haben und sich nun nicht mehr an dieses Vermögen halten können. Diese Konsequenz wird jedoch von Godin-Wilhelmi nicht ausgesprochen, denn plötzlich sollen aus den aufschiebend bedingten Einlagen die Schulden zu berichtigen sein und dann erst sollen die Einlagen an die Aktionäre zurückerstattet werden dürfen²⁾. Ein solches Ergebnis läßt sich jedenfalls bei einer aufschiebend bedingten Übertragung nicht halten.

Weiterhin: Die aufschiebend bedingte Übertragung des Unternehmens an den Vorstand macht es unklar, wer eigentlich der Unternehmensinhaber ist und wie es sich mit der Vermögenszuständigkeit für neu begründete Rechte verhält, falls die Eintragung ausbleibt.

Völlig unpraktikabel³⁾ und rechtlich unhaltbar sind die

1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 5, 17
Heim, ZHR 108, S. 210
Pleyer, GmbH-Rdsch 1959, 94

2) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 25

3) Vgl. auch Flume, S. 21 f.

Konsequenzen für einzelne Geschäftsvorfälle, wie Kündigungen von Arbeitsverhältnissen und sonstigen einseitigen Rechtsgeschäften, z.B. Anfechtung, Aufrechnung, Widerruf, Wandelung, Rücktritt. Nach Godin-Wilhelmi müssen diese Rechtsgeschäfte in der Schwebe bleiben (!). Was ist, wenn die Eintragung ausbleibt? Zum Teil sind diese Rechtsgeschäfte im Interesse des Geschäftspartners an einer eindeutigen Rechtslage bedingungsfeindlich und dulden daher keinen Schwebezustand.

Offenbar wegen solchen unhaltbaren Auswirkungen hält Würdinger, unter Einschränkung seines Ausgangspunktes, eine aufschiebend bedingte Übertragung des Handelsgeschäfts nicht für möglich und meint statt dessen:

Die Gründer könnten bis zur Eintragung das einzubringende Handelsgeschäft für Rechnung der AG betreiben; entweder als OHG oder als Innengesellschaft, indem etwa der bestellte Vorstand im eigenen Namen handelt¹⁾.

Das Bedenkliche an dieser Auffassung ist: Ordnet man das einzubringende Handelsgeschäft der Gründergesellschaft, einer Innengesellschaft oder dem Vorstand zu, so hätte die AG das Handelsunternehmen von einer anderen "Person" zu übernehmen, als in der Satzung festgesetzt ist. Denn einlageberechtigt und verpflichtet sind nur die in der Satzung festgesetzten Sacheinleger, dagegen nicht die "Gründergesellschaft", eine "Innengesellschaft" oder der "Vorstand". Die AG sollte nach der Satzung lediglich berechtigt und verpflichtet sein, das Handelsgeschäft nebst Aktiven und Passiven zu übernehmen, das den einlagepflichtigen Personen zugeordnet war. - Außerdem würde eine solche Lösung für die Übergangszeit dem Willen der Gründer widersprechen und ließe sich auch nicht mit dem Gesetz vereinbaren. Denn - wie wir schon früher sahen - gibt das Gesetz in § 37 III Nr. 2 die Ausführbarkeit von Sacheinlagegeschäften schon vor der Handelsregistereintragung zu erkennen. Die Übertragung des Handelsgeschäfts auf eine

1) Würdinger, S. 103

neu gebildete OHG oder Innengesellschaft ist jedenfalls keine "Ausführung", sondern etwas anderes.

Außerdem: Wenn es den Gründern auf die Bildung einer AG ankommt, werden sie nicht erst noch eine OHG oder Innengesellschaft bilden wollen¹⁾.

Damit hat sich bisher gezeigt: Sofern man mit den Gegnern der Identitätslehre davon ausgeht, die rechtliche Existenz der AG beginne erst mit der Eintragung, vorher bestehe nur - wenn überhaupt - ein davon verschiedener Personenverband, so kann folgerichtig der Erfüllungserfolg erst mit der Eintragung der AG eintreten, denn die Einlage steht nur der AG als Gläubigerin zu.

Bei diesem Ausgangspunkt ergeben sich jedoch beachtliche Widersprüche zum Gesetz und Bedenken in der praktischen Rechtsanwendung, gerade im Hinblick auf das Handelsgeschäft.

d) Solche Widersprüche vermeidet die Identitätslehre, wenn sie die rechtliche Existenz bereits mit dem Errichten der AG (§ 29) beginnen läßt; denn jedenfalls gibt es dann eine AG - wenngleich noch in einem unfertigen Zustand - und damit auch einen "Gläubiger"; der Erfüllungserfolg kann also sofort eintreten.

Mit dieser negativen Beweisführung bietet sich die h.M. wie von selbst an. Gegen die Identitätstheorie sind jedoch gewichtige Argumente vorgebracht worden. Wir würden daher auf halbem Wege stehen bleiben, wollten wir diese Gegenstände im Raum stehen lassen. Es sei daher im folgenden die Kritik an der Identitätslehre geprüft:

Man stützt sich vor allem auf die gesetzlichen Aussagen in § 41 I 1 ("besteht nicht") und § 41 II. Weiterhin auf dogmatische Bedenken: Gesamthandszuständigkeit der Vor-AG und spätere Rechtsfähigkeit schlossen eine Identität aus.

1) Vgl. besonders bei Sanierungsgründungen.

Schließlich befürchtet man durch die Annahme der Identität eine Aushöhlung des Grundkapitals und damit eine Gläubigergefährdung nach Eintragung der AG.

(1) Dem § 41 I 1 ("besteht nicht") läßt sich nicht entnehmen: Vor der Eintragung besteht überhaupt nichts. Denn das Gesetz gibt ja selbst in § 29 zu erkennen, daß die Gesellschaft "errichtet" ist; außerdem sind bereits nach § 30 Aufsichtsrat und Vorstand gebildet, dem Vorstand obliegt das Einfordern der Bareinlagen nach § 36 II.

Das Gesetz formuliert nur negativ: Vor der Eintragung besteht die Aktiengesellschaft "als solche" nicht. Mit dem Zusatz "als solche" gibt das Gesetz zu erkennen, daß vor der Eintragung ein "Weniger" vorhanden sein muß. Frühere gesetzliche Regelungen machten deutlicher, was die AG "als solche", also die Steigerung gegenüber vorher bedeutet.

So formulierte etwa § 210 I HGB = Art. 213 ADHGB:

"Die Aktiengesellschaft als solche hat s e l b s t ä n d i g ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden".

Damit sollte ausgedrückt werden: Die Verselbständigung des Vermögens, die Loslösung der unmittelbaren rechtlichen Zuordnung des Vermögens von den einzelnen Mitgliedern macht die AG "als solche" aus; dadurch sollte auch der Unterschied zu den Personenhandelsgesellschaften klargestellt werden, denn Formulierungen wie "als solche" und "selbständig" fehlen dort. - Dieser Verselbständigungsgrad kann erst durch die Eintragung erworben werden, dies meint das Gesetz¹⁾.

Schließlich würde die Auslegung der Gegenmeinung in § 41 I 1 dazu führen, die Entstehung der AG allein dem Registerrichter zuzuschreiben. Dies wäre jedoch nicht richtig: Die AG entsteht, weil ein Willensakt der Gründer vorliegt (§ 29) und sie die Normativbestimmungen erfüllt haben.

1) Vgl. auch Flume, S. 26

Die Formulierung "besteht nicht", die wir heute in § 41 I 1 vorfinden, läßt sich bis in die Zeit des Konzessions-systems zurückverfolgen (Art. 211 I ADHGB; Entwurf eines ADHGB bei den Nürnberger Protokollen Art. 189; preuß. Entwurf zu einem HGB Art. 181 V)¹⁾; warum frühere Gesetzes-verfasser die Formulierung "besteht nicht" verwendeten, ergibt sich aus dem gesetzlichen Hintergrund des Konzessionssystems: Hier genügte der Willensakt der Gründer nicht. Neben dem Willensakt der Gründer war die nicht klagbare landesherrliche Genehmigung erforderlich. Deshalb konnten die Gründer nicht von sich aus die AG "errichten", sondern folgerichtig nur staatliche Behörden; eine Handelsregistereintragung war außerdem noch erforderlich.

Jene Bestimmungen lauteten: "Aktiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden"²⁾.

Die Entscheidung über das Ob der Gesellschaftsentsstehung lag deshalb ausschließlich bei den Behörden, mit guten Gründen konnte man daher für den Rechtszustand vor der behördlichen Genehmigung sagen, die Aktiengesellschaft "besteht nicht". Das zusätzliche Eintragungserfordernis sollte nach Auskunft der Nürnberger Protokolle nur für die Staaten von Bedeutung sein, in denen die freie Körperschaftsbildung bestand (z.B. Hamburg)³⁾.

Die veränderte Bedeutung des "Errichtens" seit dem Normativsystem und dem Einfluß dieser Wandlung auf die Auslegung des § 41 I 1 übersieht die Gegenmeinung.

Die Formulierung in § 41 I 1 ("besteht nicht") spricht daher nicht gegen die Identitätslehre.

(2) Aus § 41 II ergibt sich ebenfalls nichts gegen die Identitätslehre. Im Gegenteil: diese Vorschrift bestärkt eher noch die h.M.

-
- 1) Vgl. die Entwicklung aus den Motiven:
Motive zu preuß. HGB-Entwurf (1857), S. 91 f.
Nürnberger Protokolle S. 318, 1039, 1449 f.
 - 2) Art. 208 I ADHGB (1861) = Art. 181 I preuß. Entwurf zu ADHGB
 - 3) Vgl. Nürnberger Protokolle, S. 1449 f.

§ 41 II bezieht sich nach Wortlaut und systematischer Stellung auf die Schuldbefreiung des "Handelnden", die das Gesetz zuvor in § 41 I 2 angeordnet hat¹⁾.

Der Einwand aus § 41 II wäre nur richtig, wenn dadurch ausgedrückt werden sollte: Die AG übernimmt die Schuld der Vor-AG. Dann läge nämlich eine Verschiedenheit der Rechtssubjekte vor und würde eine Identität ausschließen. Man hat jedoch niemals in Rechtsprechung oder Schrifttum den "Handelnden" und den "Schuldner" in §§ 41 I 2, 41 II im Sinne von "Vorgesellschaft" verstanden. Zu Recht, es wäre nicht allein wegen des Wortlauts unmöglich. Wäre die Vorgesellschaft "Handelnder" und "Schuldner", so müßte sie über den Eintragungszeitpunkt hinaus weiterexistieren. Andernfalls wären "Verträge" der AG mit dem Schuldner nach § 41 II unmöglich.

Aus der Vorgesellschaft wird jedoch - wie wir wissen - mit der Eintragung die fertige AG.

(3) Ein weiterer Einwand beruht auf dogmatischen Überlegungen: Der Unterschied zwischen Gesamthand und juristischer Person sei zu bedeutsam, als daß man die gesamthänderische Vorgesellschaft mit der juristischen Person gleichsetzen könne²⁾.

Diese Kritik scheint auf einem sprachlichen Mißverständnis zu beruhen. Ursache ist die etwas mehrdeutige Bezeichnung "Identitäts"theorie. Worte wie "Identität" oder "Einheit" können leicht einen falschen Eindruck erwecken und Anlaß zur Kritik geben. Denn das Gesetz gibt ja selbst zu erkennen, daß vor und nach der Handelsregistereintragung Unterschiede bestehen müssen.

Die Unterschiede hat die Identitätslehre freilich nie be-

1) Büttner, S. 165 f., vgl. auch S. 149 f.
Dregger, S. 110; Heim, ZHR 108, S. 187 f., 194
Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 193

2) Zu diesem Einwand: Büttner, S. 139 f.
Horn, NJW 1964, S. 86 (Eine Identität zwischen a und non-a sei unmöglich)
Enneccerus-Nipperdey, § 107 VII
Wiedemann, Jura 1970, S. 443 f.

stritten. Das RG formulierte plastisch: Die AG "erwächst" aus der Vorgesellschaft. Im Schrifttum sprach man schon früh von "Kontinuität" zwischen Vorgesellschaft und eingetragener Gesellschaft; weiterhin betonte man stets, mit der Eintragung erwerbe der bestehende Personenverband die Eigenschaft der Rechtsfähigkeit hinzu¹⁾.

Nach der Identitätstheorie hat man sich das Verhältnis von Vor-AG zu eingetragener AG als ein Stufenverhältnis vorzustellen; mit der Eintragung tritt eine Steigerung ein: Die Vermögensgegenstände sind den Gründern vor der Eintragung unmittelbar zugeordnet, danach mittelbar; man kann auch von einer "Verselbständigung" des Gesellschaftsvermögens sprechen²⁾. Die Bedeutung dieser - wenngleich auch nur mittelbaren - Vermögenszuordnung zeigt sich vor allem in zwei Punkten: bei der Durchgriffshaftung der "hinter" der juristischen Person stehenden Mitglieder³⁾; in der Tatsache, daß es eine AG (GmbH) ohne Mitglieder nicht gibt, die AG muß wenigstens noch einen Aktionär haben.

Gegen den dogmatischen Einwand besteht weiterhin noch folgendes Bedenken:

Man geht hierbei von festen Eigenschaften der "Gesamthand" und der "Rechtsfähigkeit" aus. Streng genommen haben wir es hier aber mit zwei Unbekannten zu tun. Das Gesetz sagt nirgendwo, was sich hieraus genau ergibt; es gibt auch kein "vorgesetzliches Wesen" der Gesamthand und der Rechtsfähigkeit, aus dem sich zwingend bestimmte Eigenschaften für Haftung, Vertretungsmacht usw. ergeben müßten. Ein Vergleich sämtlicher rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Personenverbände lehrt vielmehr, daß die Grenzen fließend sind.

1) Vgl. Dregger, S. 67; Feine, S. 156 ff., 196 ff. Kraft, in Kölner Komm., § 41 Anm. 12

2) Vgl. § 210 I HGB; Art. 213 ADHGB
Schreiber, S. 55
vgl. auch Flume, S. 26

3) Vgl. zu den Durchgriffsproblemen die Untersuchung von Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen (1955).

Es gibt rechtsfähige Personenverbände, bei denen einzelne oder sämtliche Mitglieder unbeschränkt haften können: KGaA, Genossenschaft ohne beschränkte Haftung; umgekehrt gibt es nicht rechtsfähige Personenverbände, bei denen einzelne oder sämtliche Mitglieder nur beschränkt haften: KG, nicht rechtsfähiger Verein. - Weiterhin hat man zu beachten, daß der nicht rechtsfähige Verein, ein Gesamthandsgebilde, und der rechtsfähige Verein in ihrer Ausgestaltung weitgehend angeglichen sind; ebenso darf man die Übereinstimmungen zwischen der rechtsfähigen KGaA und der gesamthänderischen KG nicht vergessen.

Um die Beispiele nicht ins Endlose zu führen: Kausal für die Ausgestaltung der einzelnen Personenverbände, wie z.B. Haftung und Vertretung, ist niemals das "Wesen" der Gesamthand oder der Rechtsfähigkeit¹⁾; umgekehrt sind vielmehr bestimmte Zweckerwägungen des Gesetzgebers, auch historische Gegebenheiten dafür von Bedeutung. Deshalb ist es auch nicht zutreffend, zwischen "Gesamthand" und "Rechtsfähigkeit" künstliche Unterscheidungen aufzurichten. Entbehrlich erscheint damit auch der Lösungsvorschlag Büttners, die Vor-AG als "teilrechtsfähig" anzusehen, denn dadurch würde in den ohnedies fließenden Bereich von Gesamthand zu Rechtsfähigkeit nur eine neue Kategorie eingebaut, die erneute Abgrenzungsprobleme aufwirft²⁾.

Aus der Annahme eines gesamthänderisch getragenen Personenverbandes vor der Eintragung und eines rechtsfähigen Personenverbandes danach läßt sich also kein Einwand gegen die Identitätslehre bilden.

(4) Ein weiterer Einwand gegen die Identitätslehre knüpft an die Auswirkungen des Vermögensübergangs an³⁾. Man sagt:

- 1) Dies übersieht Wiedemann, Jura 1970, S. 443
- 2) Vgl. Büttner, S. 90-108, 109-119; die Ausführungen Büttners beruhen auf den Untersuchungen von Fabricius zur "Teilrechtsfähigkeit", vgl. bei Fabricius z.B. S. 118, 139-143, 163-186, 235-238.
Zur Kritik an Büttner vgl. auch Flume, S. 26 f.
- 3) Haberkorn, MDR 1964, S. 555; Sengelmann, Diss. S.37 f.

Eine konsequente Durchführung des Identitätsgedankens belastete die eingetragene AG mit unübersehbaren Verbindlichkeiten, höhle das Grundkapital aus und gefährde dadurch die Gläubiger. Oder man legt dar: Die beliebige Begründung von Rechten und Pflichten, die durch die Identität die eingetragene AG treffen würden, verstoße gegen die §§ 26, 27 AktG.

Hierzu ist folgendes zu bemerken:

Aus der Identitätstheorie läßt sich nicht folgern, inwieweit Rechte und Pflichten begründet werden können, die dann auch die eingetragene AG treffen würden.

Ob und in welchem Umfang Rechte und Verbindlichkeiten im Stadium der Vor-AG entstehen und anschließend auf die eingetragene AG von selbst übergehen, hängt von der Vertretungsmacht der Handelnden ab. Wieweit die Vertretungsmacht reichen kann oder reichen muß, brauchen wir hier nicht zu behandeln. Jedenfalls: Soweit Rechte und Verbindlichkeiten im Stadium der Vor-AG begründet werden können, berechtigen und verpflichten sie später auch die eingetragene AG. Insofern liegt stets eine uneingeschränkte Identität vor¹⁾.

Ein prinzipieller Einwand gegen die Identitätslehre läßt sich daher auch nicht aus vermögensrechtlichen Gesichtspunkten herleiten:

Die Identitätslehre vermag den Übergang von Rechten und Pflichten zu erklären; sie kann dagegen nichts aussagen über die wirksame Entstehung von zu übernehmenden Rechten und Verbindlichkeiten; letzteres betrifft die Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Organe und ist ein anderer Problembereich.

1) Die Unterscheidung von "eingeschränkter" und "uneingeschränkter" Identitätslehre - dadurch soll der unterschiedliche Umfang der Vertretungsmacht angesprochen werden - ist mißverständlich und sollte deshalb nicht gebraucht werden.

3. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt: Sämtliche Einwände gegen die Identitätslehre beruhen auf Mißverständnissen dieser Lehre oder sind aus sonstigen Gründen unberechtigt. Die Identitätstheorie läßt sich daher als weiterer Ausgangspunkt übernehmen.

Diese Lehrmeinung verdient nicht zuletzt deshalb den Vorzug, weil sie von einer sachgerechten Anschauung des Gründungsvorgangs ausgeht und - über den Bereich der Sacheinlageerfüllung hinaus - eine geschlossene Behandlung für sämtliche Rechtsgeschäfte vor der Eintragung erlaubt. Die Gegenmeinungen - sehen wir einmal von deren unrichtigem Ausgangspunkt ab - können jeweils nur Teilaspekte lösen und auch diese nur mit Hilfe künstlicher Konstruktionen; im übrigen ergeben sich bei den Gegenmeinungen zur Erfüllungsproblematik erhebliche Widersprüche zum Gesetz und Bedenken in der Rechtsanwendung, besonders bei der Überleitung eines Handelsgeschäfts.

Für unsere eingangs gestellte Frage ergibt sich daher: Die Sacheinlagepflicht kann bereits vor der Eintragung erfüllt werden, denn der Erfüllungserfolg kann schon vor diesem Zeitpunkt eintreten.

Das Handelsgeschäft kann deshalb in die "errichtete" AG eingebracht werden. Für eine eventuelle Nachverrechnung ist daher schon dieser Einbringungszeitpunkt maßgeblich.

II. Rechtscharakter der Vor-AG, insbesondere bei Einbringung des Handelsgeschäfts

1. Die Zuordnungsänderung für das eingebrachte Handelsunternehmen wirft die Frage nach dem anwendbaren Recht und den rechtlichen Auswirkungen auf.

Das Aktiengesetz enthält keine unmittelbaren Aussagen oder Verweisungsvorschriften, sondern lediglich die bereits be-

kannte Bestimmung in § 41 I 1 ("besteht nicht"); die Motive zu § 41 geben ebenfalls keinen Aufschluß¹⁾.

Rechtsprechung und Schrifttum haben sich seit jeher mit der "Rechtsnatur" der Vorgesellschaft beschäftigt; bemerkenswert ist: Lange Zeit ging der Streit vorwiegend um die "echte Vorgesellschaft", dagegen behandelte man früher überhaupt nicht oder doch nur am Rande den Fall, daß ein Handelsgeschäft als Sacheinlage in die Vor-AG eingebracht und weiterbetrieben werden mußte²⁾.

Die Diskussion um die "Rechtsnatur" der Vor-AG sollte nicht nur theoretische Bedeutung haben, sondern man versuchte, daraus konkrete Folgerungen für das anwendbare Recht zu ziehen. - Ein solcher Ausgangspunkt ist allerdings nicht unbedenklich. Man kann nämlich einwenden: Über einen Gegenstand (Vor-AG) kann man keine Gesamtaussage machen (Rechtsnatur) und daraus Rechtsfolgerungen ableiten, wenn nicht zuvor die Einzelheiten dieses Gegenstandes untersucht worden sind; umgekehrt ist es richtig: erst die Ergebnisse über die Einzelheiten erlauben eine Gesamtaussage über den Gegenstand.

Das methodische Vorgehen von beachtlichen Teilen in Lehre und Rechtsprechung läßt sich freilich nicht allein auf Deduktion oder Induktion zurückführen, sondern es ergeben sich auch Überschneidungen. Oft genug ist man von wenigen - behaupteten - Merkmalen der Vorgesellschaft ausgegangen, hat daraus auf die "Rechtsnatur" geschlossen und sodann aus der so festgelegten Rechtsnatur auf die übrigen zu untersuchenden rechtlichen Eigenschaften.

1) Motive zu § 41 (bei Kropff), S. 60

2) Keine Folgerungen werden bei Hachenburg für die Einbringung eines Handelsgeschäfts gezogen, vgl. Düringer-Hachenburg, § 200 Anm. 18

Wenn wir an dieser Stelle von der "Rechtsnatur" der Vor-AG sprechen, die Einzelheiten dagegen erst im folgenden Abschnitt erörtern und nicht umgekehrt vorgehen, so hat dies folgenden Grund: Es ist hier zu prüfen, ob "zwingende Gesichtspunkte" - wie manchmal behauptet wird - die Vor-AG auf einen bestimmten Rechtstypus festlegen¹⁾ und ob sich daraus schon eine Vorentscheidung für die weiteren Probleme ergibt.

Der BGH und der überwiegende Teil des Schrifttums sprechen angesichts des § 29 von einer "werdenden AG", von "einer Aktiengesellschaft abzüglich derjenigen Eigenschaften, die durch die Rechtsfähigkeit bedingt sind". Die Vertreter dieser Ansicht lehnen es ab, die Vorgesellschaft als BGB-Gesellschaft oder als nicht rechtsfähigen Verein anzusehen. Für den Fall der Einbringung eines Handelsgeschäfts in die Vorgesellschaft behält man die These von der "werdenden AG" bei, eine OHG nimmt man nicht an. Man macht freilich eine wichtige Einschränkung: Diese Grundsätze - insbesondere bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts - sollen nicht mehr gelten, wenn das Ziel der Eintragung aufgegeben worden ist oder nicht mehr ernsthaft weiterbetrieben wird oder ein Mißbrauch der geschaffenen Rechtsform vorliegt²⁾. Welche Rechtssätze nun im einzelnen für die "werdende AG" anwendbar sind, insbesondere wie die Rechtslage bei der

1) Wie noch zu zeigen ist, sind solche Gesichtspunkte z.B. der gesellschaftsrechtliche "Grundsatz des Typenzwangs" (numerus clausus der Gesellschaftstypen) und ein von Schultze-von Lasaulx aufgestellter "wirtschaftsverfassungsrechtlicher Grundsatz".

2) Vgl. BGH, LM Nr. 2 zu § 34 AktG für AG;
BGHZ 17, 385/389; 20, 281/285 f. für Genossenschaft;
BGHZ 21, 242/243; BGH NJW 1963, 859; BAG NJW 1963, 680 (GmbH)
Barz, in Großk. AktG, § 29 Anm. 4 f.
Büttner, S. 66 ff., S. 76; Dregger, S. 70
Feine, S. 201; Ganßmüller, DB 1955, S. 713
Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 31 ff.
Ludewig, LZ 1933, Sp. 417
Für Einbringung eines Handelsgeschäfts in Vorgesellschaft
vgl. BGHZ 45, 338/343; 51, 30

Einbringung eines Handelsunternehmens im Einzelfall ist, muß für jedes Einzelproblem gesondert geprüft werden und läßt sich nicht pauschal beantworten.

Ein Teil des heutigen Schrifttums - und die früher h.M. - geht von der Vorschrift des § 41 I 1 ("besteht nicht") aus und ordnet die Vorgesellschaft sonstigen Gesellschaftstypen (BGB-Gesellschaft, nicht rechtsfähiger Verein) zu¹⁾. Wird ein Handelsgeschäft in die Vorgesellschaft eingebracht und von dieser weiterbetrieben, so werden folgende Ansichten vertreten:

Teilweise behandelt man die Vorgesellschaft - bei Ausübung handelsgewerblicher Tätigkeit - als OHG²⁾; dabei beruft man sich vor allem auf "wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundsätze", wonach OHG-Recht auch dann anzuwenden sei, wenn ein OHG-Vertrag nicht vorliegt³⁾. Bei Würdinger können die Gründungsbeteiligten vertraglich eine OHG oder eine Innengesellschaft bilden.

Schultze-von Lasaulx ist jetzt der Ansicht, es bestehe ein nicht rechtsfähiger Verein des Handelsrechts⁴⁾; einzelne Vorschriften des OHG-Rechts hält er für analog anwendbar; er lehnt es aber ausdrücklich ab, die Vorgesellschaft in

-
- 1) Zu den früheren Meinungen vgl. Barz, in Großk. AktG, § 29 Anm. 3 f.; Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 18 f.
 - 2) Vgl. ursprünglich Schultze-von Lasaulx, JZ 1952, 393 f. BGHSt 3, 23/26; OLG Frankf. NJW 1957/48, 429; OLG Celle NJW 1951, 36 f.; OLG Hamburg, DB 1952, 760 LAG Mannheim, JZ 1952, 436; OLG Saarbrücken, JZ 1952, 35 B.-Hueck, § 29 Anm. 6; in GmbHG: vor § 1 Anm. 2 D Haberkorn, MDR 1962, 1411; Merkert, BB 1951, 322 Winden, DB 1952, 840; Würdinger, S. 103
 - 3) Zu dem "wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz" vgl. Schultze-von Lasaulx, in JZ 1952, S. 393 f.
 - 4) Festschrift für Olivecrona, S. 609 in Soergel-Siebert, vor § 705 Anm. 85 f.; vgl. auch vor § 21 Anm. 56 ff.

diesem Fall als OHG zu behandeln. Damit hat Schultze-von Lasaulx seine frühere Lehre von der "unechten Vorgesellschaft" modifiziert; dort hat er die Vorgesellschaft stets aus "wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsätzen" heraus als OHG behandelt. Er meinte: Die echte Vorgesellschaft beschränke sich auf die Herbeiführung der Eintragung, die unechte Vorgesellschaft übe dagegen bereits werbende Tätigkeit aus; die unechte Vorgesellschaft sei im Grunde genommen bereits die antizipierte definitive Gesellschaft (JZ 1952, 391); das Charakteristische sei, daß neben dem Weiterlaufen der Eintragungsvorbereitungen der volle Geschäftsbetrieb sich entfaltet und nur das Schwergewicht sich ganz auf diese zweite, der Vorgesellschaft nicht wesensgemäße Seite verlagert (JZ 1952, 392); aus "wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsätzen" heraus sei vom Zeitpunkt der Eröffnung des uneingeschränkten Geschäftsbetriebs die Vorgesellschaft als OHG zu behandeln (JZ 1952, 394).

2. Um Mißverständnisse über die "Vorgesellschaft" und das anwendbare Recht nicht aufkommen zu lassen, sei vorab klar gestellt:

Zum Teil beruhen die Meinungsunterschiede zur Rechtsnatur der Vorgesellschaft auf verschiedenartigen Ausgangspunkten über die Entstehung der juristischen Person. So kommt der "Vorgesellschaft" - trotz Verwendung desselben oder eines ähnlichen Ausdrucks - unterschiedliche Bedeutung zu; dies hat auch Auswirkungen bei einem einzubringenden Handelsgeschäft.

Deutlich wird dies bei den Gegnern der Identitätstheorie, namentlich bei Würdinger. Für die Vorgesellschaft wird hier auch der Ausdruck "Gründergesellschaft" gebraucht. Zweck und Inhalt dieses Gesellschaftsverhältnisses ist der unter den Gründungsbeteiligten bestehende Anspruch auf Mitwirkung und Vollzug all jener Maßnahmen, deren Durchführung nach dem AktG notwendig ist, um die AG als Rechtsperson zur Entstehung zu bringen. Die Gründergesell-

schaft muß nach Würdinger nicht notwendig bestehen; sie kann fehlen, wenn die Gründer und die zu bestellenden Organe die einzelnen Maßnahmen freiwillig durchführen, wie z.B. bei Familiengesellschaften¹⁾.

Diese Art der "Vorgesellschaft" wird bei Vertretern der Identitätstheorie bekanntlich mit dem Terminus "Nebengesellschaft" (Vorgründungsgesellschaft, Gründergesellschaft im Gegensatz zu Gründungsverein) ausgedrückt; von dieser fakultativ bestehenden "Nebengesellschaft" unterscheidet man die notwendigerweise bestehende "werdende AG", deren Existenz mit der Errichtung beginnt (§ 29). Während also bei der Identitätslehre die Vorgesellschaft (Vor-AG) notwendig besteht, existiert die Vorgesellschaft (= Gründergesellschaft) bei Würdinger nicht notwendig. Bei der Identitätslehre wird der Vorgesellschaft mit der Eintragung die Rechtsfähigkeit verliehen und sie wird zur AG; bei Würdinger und anderen wird der Vorgesellschaft keine Rechtsfähigkeit verliehen, sondern die Vorgesellschaft soll - für die Beteiligten verpflichtend - die Eintragungsvoraussetzungen schaffen und unter Umständen ein Handelsgeschäft betreiben, sie muß später aufgelöst werden. Während bei der Identitätslehre das Einbringen eines Handelsgeschäfts in die Vorgesellschaft bereits in Erfüllung der Einlageverpflichtung geschieht und deshalb dingliche Wirkung besitzt, hat das Einbringen in die "Vorgesellschaft" Würdingers nur schuldrechtliche Bedeutung, die dingliche Überleitung ist erst ab der Handelsregistereintragung möglich.

In der Lehre Würdingers erscheint es daher konsequent, wenn die "Vorgesellschaft" als OHG angesehen wird²⁾.

1) Vgl. Würdinger, S. 102 f.

2) Vgl. Würdinger, S. 103; die h.M. behandelt die Nebengesellschaft (Vorgründungsgesellschaft, Gründergesellschaft) in diesen Fällen ebenfalls als OHG, vgl. Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 27
Ganßmüller, GmbH-Rdsch 1953, 120 (Fn. 25)

Wir brauchen hier aber nicht mehr weiter zu der Ansicht Würdingers Stellung zu nehmen, denn wir haben bereits oben seine Auffassung abgelehnt.

Zu beachten haben wir also: "Vorgesellschaft" (Vor-AG) haben wir im Sinne der Identitätslehre zu verstehen. Die Ausführungen bei Würdinger und den sonstigen Gegnern der Identitätslehre liegen auf einer anderen Ebene und können hier nicht mehr in die Diskussion mit einbezogen werden.

Für den Ausgangspunkt der Identitätslehre ist noch folgendes zu bemerken: Es interessiert nicht, ob die Vorgesellschaft nach Rechtsscheingrundsätzen als OHG zu behandeln ist. Denn Rechtsscheingrundsätze können nur im einzelnen Fall zu einer Lösung führen; sie gelten nur gegenüber redlichen Dritten, die im Vertrauen auf den gesetzten Rechtschein gehandelt haben. Außerdem: Stellte man auf Rechtsscheingrundsätze ab, so bliebe offen, was ohne Rechtschein gelten würde.

Von diesem präzisierten Ausgangspunkt her können wir nun die einzelnen Stellungnahmen zur Rechtsnatur der Vorgesellschaft bei Einbringung eines Handelsgeschäfts untersuchen. Dabei sei zuerst die Ansicht vom "nicht rechtsfähigen Verein des Handelsrechts", sodann von der "OHG", schließlich von der "AG abzüglich derjenigen Eigenschaften, die durch die Rechtsfähigkeit bedingt sind", geprüft.

a) Gegen die Lehre vom nicht rechtsfähigen Verein des Handelsrechts sprechen folgende Gesichtspunkte:

Die Einordnung der Vorgesellschaft als nicht rechtsfähiger Verein steht im Widerspruch zum Willen der Gründer: Sie wollen keinen nicht rechtsfähigen Verein gründen, sondern eine Aktiengesellschaft¹⁾. Weiterhin: Der nicht rechtsfähige Verein würde auf einer atypischen Grundlage beruhen,

1) Zum Willensargument: BGHZ 20, 285
vgl. auch Kuhn, Sonderbeilage Nr. 5 zu WM 1955, S. 3
Dehoff, Diss. S. 88-90; Ganßmüller, GmbH-Rdsch. 1953,
116/117

denn die Satzung unterliegt in Form und Inhalt aktienrechtlichen Vorschriften, dagegen nicht den BGB-Bestimmungen über den nicht rechtsfähigen Verein. Ebenso sind Aufbau und Organisation der Vor-AG für einen nicht rechtsfähigen BGB-Verein nicht typisch. Schließlich gibt es bei der Vorgesellschaft im Unterschied zum nicht rechtsfähigen Verein keinen beliebigen Ein- und Austritt von Mitgliedern; bei Ein- und Austritt von Mitgliedern in der Vor-AG ist eine erneute Satzungsfeststellung nötig, andernfalls könnten die Vorschriften, die an die Gründereigenschaft anknüpfen, umgangen werden. Denn Gründer kann nur sein, wer die Satzung mit festgestellt hat (§ 28), nicht aber, wer seine Rechtsstellung durch Zession von einem anderen Gründer ableitet¹⁾.

Weiterhin: Ein nicht rechtsfähiger Verein "des Handelsrechts" ist dem geltenden Recht unbekannt. Das Gesetz stellt nur bestimmte Verbandsformen für die Ausübung handelsgewerblicher Tätigkeit zur Verfügung; der nicht rechtsfähige Verein gehört nicht hierher. Die Beteiligten könnten sich sonst durch ein Ausweichen auf die Rechtsform des nicht rechtsfähigen Vereins den handelsrechtlichen Bestimmungen entziehen. Denn die handelsrechtlichen Vorschriften gelten nur für Einzelkaufleute, Handelsgesellschaften und kraft besonderer gesetzlicher Zuweisung (§ 6 HGB), der nicht rechtsfähige Verein würde aber in keine dieser Kategorien passen. Bei der in Rechtsprechung und Lehre herrschenden Tendenz, den nicht rechtsfähigen Verein dem eingetragenen Verein anzugleichen, würde die Zulassung eines nicht rechtsfähigen Vereins zum Handelsrecht den § 22 BGB umgehen; denn dort ist für wirtschaftliche Vereine der Konzessionszwang vorgesehen²⁾.

1) Vgl. BGHZ 29, 300

2) So noch überzeugender Schultze-v.L., Festschr. für A. Schultze, S. 29 f.; JZ 1952, 393
Haupt-Reinhardt, S. 103; Kuhn, aaO, S. 15 f.

Bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts können wir daher die Vorgesellschaft nicht als "nicht rechtsfähigen Verein des Handelsrechts" ansehen.

b) Wer in der Vorgesellschaft einen nicht rechtsfähigen Verein oder eine BGB-Gesellschaft erblickte, mußte zu der Ansicht kommen: Die Vorgesellschaft ist eine OHG bzw. nach OHG-Recht zu behandeln, wenn sie ein Handelsgewerbe betreibt.

Man hat freilich unter dieser These die verschiedensten Fälle zusammengefaßt: Namentlich in früheren Entscheidungen der Oberlandesgerichte handelte es sich durchweg um Fälle, in denen die Gründer den Geschäftsbetrieb vorzeitig aufgenommen und das Ziel der Eintragung vernachlässigt oder ganz aufgegeben haben¹⁾; den ordnungsgemäßen Weiterbetrieb eines eingelegten Handelsgeschäfts behandelten diese Entscheidungen niemals²⁾.

Selbst wenn man über die verschiedenen Fallgruppen einmal hinwegsieht, die man unter dem Stichwort "OHG" zusammenfaßt, so läßt sich die Vorgesellschaft bei Einbringung eines Handelsgeschäfts nicht als OHG auffassen.

Gegen den Ausgangspunkt BGB-Gesellschaft oder nicht rechtsfähiger Verein lassen sich dieselben Gesichtspunkte vorbringen, wie wir sie beim "nicht rechtsfähigen Verein des Handelsrechts" bereits behandelt haben; entsprechendes gilt für die Annahme einer OHG: Der Wille der Gründer zielt weder auf eine BGB-Gesellschaft, noch auf einen nichtrechtsfähigen Verein, noch auf eine OHG, sondern auf die Entstehung einer AG;³⁾ die Rechtsgrundlage der Vor-AG ist nach In-

-
- 1) Vgl. die Zusammenstellung bei Schultze-v.L., JZ 1952, 390 f.
 - 2) Auch die h.M. wendet für diese besonders gelagerten Fälle OHG-Recht an; insofern hat der Ausdruck "unechte Vorgesellschaft" seine Berechtigung.
 - 3) Zum Willensargument:
Baur, DRZ 1950, S. 9; Ganßmüller, GmbH-Rdsch 1953, 116
Otto, BB 1954, 573; Paul, NJW 1947/48, S. 419

halt und Form verschieden von der OHG; ebenso besteht ein Unterschied in Aufbau und Organisation.

Als einziges Argument bliebe der sogenannte "wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundsatz": OHG-Recht gilt, auch wenn die Beteiligten einen entgegenstehenden Willen haben. Ein solcher Grundsatz besteht jedoch nicht: Schon ein Vergleich der beiden nicht rechtsfähigen Handelsgesellschaften (OHG, KG) läßt bedeutsame Unterschiede im Innen- und Außenverhältnis erkennen. Es ist daher nicht einzusehen, warum der "wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundsatz" gerade zur Anwendung der OHG-Bestimmungen führen sollte. Immerhin könnte man gegen diesen Satz einwenden: Ein wichtiger Unterschied zwischen OHG und KG - die Haftung - ist im Außenverhältnis nur deshalb beachtlich, weil dem außenstehenden Dritten die Rechtsverhältnisse bei der KG bekannt sind oder - wegen der Handelsregistereintragung - bekannt sein könnten. Mit diesem Gegeneinwand könnte man für die Vor-AG allenfalls eine OHG im Außenverhältnis herleiten. Auch dies wäre nicht gerechtfertigt, denn die Vorgesellschaft tritt nicht als OHG auf, sondern als werdende AG; Außenstehende haben daher von vornherein keinen Anlaß, auf OHG-Recht zu vertrauen, sondern nur auf Aktienrecht.

Weiterhin: Wäre die Vor-AG eine Personenhandelsgesellschaft (OHG, KG), so dürfte der Registerrichter keine AG in das Handelsregister eintragen. Denn aus einer OHG (KG) kann eine AG nur nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes entstehen, vgl. §§ 40 ff., 46 ff. UmwG; Eintragungsvoraussetzung ist in diesen Fällen unter anderem ein Umwandlungsbeschluß der Gesellschafter, der einen bestimmten Inhalt aufweisen und in bestimmter Form abgefaßt sein muß¹⁾. Für unseren Fall bedeutet das weiter: Sollte ein Handels-

1) Auch vor Einführung der §§ 40 ff. UmwG hätte eine AG (GmbH) nicht eingetragen werden dürfen, wenn die Vorgesellschaft als OHG qualifiziert worden wäre, vgl. dazu Otto, BB 1954, S. 573 f.

geschäft in eine AG eingebracht werden, so müßten - nach dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz - sämtliche Gründer eine OHG oder KG bilden und anschließend die Umwandlung in die AG vornehmen. Dieser Weg wäre umständlich und läge nicht im Willen der Beteiligten; auch das Gesetz will den Beteiligten diesen Weg nicht aufzwingen. Denn das Aktienrecht läßt mehrmals die Einbringung eines Handelsgeschäfts im Wege der Sacheinlage erkennen, vgl. §§ 31, 32 II Nr. 3 AktG.

Soll deshalb kein Widerspruch zu den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes bestehen, läßt sich die Vor-AG bei Einbringung eines Handelsgeschäfts nicht als Personenhandels-gesellschaft (OHG, KG), sondern nur als "werdende AG" behandeln.

c) Die vorstehenden Ausführungen führen zwangsläufig zu der Annahme der Sonderrechtsqualität der "werdenden AG". So hat man teilweise den besonderen Rechtscharakter nicht zuletzt im Hinblick auf die Einbringung eines Handelsunternehmens erörtert¹⁾.

Es bleiben nunmehr die insbesondere durch Schultze-von Lasaulx vorgebrachten Gegengründe zu erörtern und weitere mögliche Einwände zu prüfen.

Schultze-von Lasaulx meint²⁾, es sei - entgegen der Rechtsordnung - ein neuer, vom Gesetz nicht vorgesehener Gesellschaftstyp durch Rechtsschöpfung gebildet worden. Außerdem führe die Auffassung der "werdenden AG" zu einer Voraussel-tung aktienrechtlicher Bestimmungen, die sich auf keinerlei Parallele in unserer Gesamtrechtsordnung berufen könne.

Hierzu ist folgendes zu sagen:

Nach dem AktG beginnt die Entstehung der AG nicht erst mit

1) Vgl. BayObLG MDR 1965, 918; Büttner, S. 85-88
Ganzmüller, GmbH-Rdsch 1953, 119

Kuhn, WM 1956 Sonderb. 5, 16 f.; Otto, BB 1954, 574
2) Schultze-v.L., in Festschrift für Olivecrona, S. 605

der Eintragung, sondern bereits mit der Errichtung; das Gesetz spricht in § 29 von der "errichteten" Gesellschaft. Dies haben wir bereits früher behandelt. Schultze-von Lasaulx überschätzt deshalb die Bedeutung des § 41 I 1 ("besteht nicht"). Wenn das Gesetz von der "errichteten" Gesellschaft spricht und für dieses Gebilde Rechtsvorschriften aufstellt, kann man schlecht behaupten, es sei ein "neuer" Gesellschaftstyp durch "Rechtsschöpfung" gebildet worden; das Gesetz geht von der "werdenden AG" jedenfalls in den Gründungsbestimmungen aus.

Immerhin könnte nun der Eindruck entstehen, der Meinungsstreit um "werdende AG" oder "nicht rechtsfähiger Verein" laufe auf eine terminologische Kontroverse hinaus. - In der Tat rechnet ja die h.M. die AG zu den "Vereinen" und wendet subsidiär Vereinsrecht an, insbesondere § 31 BGB¹⁾; daraus könnte man auf einen "nicht rechtsfähigen Verein" im Gründungsstadium schließen. Der Einwand wäre aber falsch. Denn spricht man im Zusammenhang mit der AG von einem "Verein", so meint man einen Vereinsbegriff im weiteren Sinn. Unter den Ordnungsbegriff "Verein" bringt man den BGB-Verein, die AG, GmbH und Genossenschaft. Entsprechendes könnte man für das Gründungsstadium gelten lassen: Man könnte hier wieder von dem Ordnungsbegriff "nicht rechtsfähiger Verein" oder "Verein" ausgehen und hierunter den nicht rechtsfähigen Verein des BGB, die werdende AG, die werdende GmbH usw. zählen.

Insoweit, aber auch nur insoweit, wäre es gerechtfertigt, im Zusammenhang mit der "werdenden AG" von einem nicht rechtsfähigen Verein zu sprechen und in der Rechtsanwendung auf allgemeine vereinsrechtliche Grundsätze zurück-

1) B.-Hueck, § 1 Anm. 3; Hueck, Gesellschaftsrecht, S.106 Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 3
Lehmann-Dietz, S. 274 f.

zugreifen¹⁾; im übrigen unterscheiden sich der nicht rechtsfähige BGB-Verein, die werdende AG usw. als "Vereine" im weiteren Sinn durch das anwendbare Recht.

Auch der zweite Einwand Schultze-von Lasaulx's, die Theorie von der "werdenden AG" führe zu einer unzulässigen Voraussetzungsaktienrechtlicher Vorschriften, ist nicht zutreffend. Denn bemerkenswerterweise läßt sich auch der "nicht rechtsfähige Verein" als Vorgesellschaft inhaltlich nur dadurch ausfüllen, daß aktienrechtliche Vorschriften herangezogen werden; diese Methode führt zu einer "Voraussetzung aktienrechtlicher Vorschriften", was Schultze-von Lasaulx gerade kritisiert hatte. Eine "Voraussetzung" läßt sich auch nicht vermeiden, denn das Gesetz muß notwendig davon ausgehen: So müssen sich die Satzungsbestimmungen an der Typik der fertigen AG orientieren, dem AktG widersprechende Bestimmungen sind unwirksam, § 23 V AktG. Gäbe es keine "Voraussetzung" von Aktienrecht, so könnten - entgegen den Bestimmungen in §§ 76 III, 100 I - auch juristische Personen oder Personenhandelsgesellschaften als Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder bestellt werden. Die Beispiele ließen sich weiterführen. Dies alles zeigt: Das AktG geht - wie selbstverständlich - von einer Voraussetzungsaktienrechtlicher Bestimmungen aus, weil andernfalls unhaltbare Ergebnisse entstünden.

Gegen die Auffassung von der "werdenden AG" sind noch zwei weitere Einwände denkbar: Die "werdende AG" könnte sich nur schwierig von den unechten Gründungsverbänden unterscheiden lassen und deshalb für Außenstehende einen Zustand der Rechtsunsicherheit herbeiführen.

Und: Führt die "werdende AG" nicht zu einem Ausweichen vor handelsrechtlichen Normen, wie wir dies beim "nicht rechtsfähigen Verein des Handelsrechts" gesehen haben?

1) Vgl. in dieser Hinsicht jetzt Lehmann-Dietz, S. 304 (Hueck meint - entgegen der Behauptung von Dietz aaO. - einen nicht rechtsfähigen Verein des BGB) vgl. B.-Hueck, § 29 Anm. 4

Zu diesen möglichen Einwänden können wir folgendes bemerken: In der Tat scheinen die Abgrenzungskriterien in Rechtsprechung und Lehre etwas unsicher zu sein¹⁾. Häufig spricht man in diesem Zusammenhang vom "Mißbrauchstatbestand". Soweit hierdurch ausschließlich auf subjektive Kriterien abgestellt werden soll, wäre dies abzulehnen. Denn von wem sollte bei einer werdenden AG der "Mißbrauch" ausgehen? Von Gründern, Aufsichtsrat oder Vorstand oder von allen zusammen? Wie will man die Mißbrauchsabsicht überhaupt feststellen?

Als Abgrenzungskriterien sind daher nur objektive Gesichtspunkte geeignet: Die werdende AG wird zur OHG, wenn die Gründer ausdrücklich die Bildung einer eingetragenen AG aufgeben oder dies durch ihr Verhalten zu erkennen geben und dennoch den Geschäftsbetrieb fortsetzen. - Darüber hinaus läßt sich der zeitliche Abstand zwischen der Einbringung des Handelsunternehmens und der Anmeldung zum Handelsregister nur soweit ausdehnen, als sachliche Gründe eine Ausdehnung rechtfertigen²⁾. Diese Einschränkung ergibt sich aus einer handelsrechtlichen Wertung:

Wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist zur Anmeldung seiner Rechtsverhältnisse verpflichtet; dies gilt nicht nur für den Einzelkaufmann, sondern auch für Handelsgesellschaften, §§ 29, 6 HGB. Wer dieser Pflicht nicht nachkommt, kann durch Ordnungsstrafen dazu angehalten werden, § 14 HGB. Daraus folgt für die "werdende AG": Grundsätzlich kann die Eintragung einer AG mangels einer gesetzlichen Vorschrift und mangels eines besonderen Interesses nicht vom Registergericht erzwungen werden; dies gilt jedoch nicht für den Sonderfall der Einbringung eines Handelsunternehmens, denn hierbei wird handlungsgewerbliche Tätigkeit ausgeübt und deshalb greift die besondere handelsrechtliche Wertung ein. Setzen sich die

1) Vgl. zur Abgrenzung: BayObLG MDR 1965, 917

Büttner, S. 88-90; Dregger, S. 57 f.

2) Im Schrifttum wird auch gesagt: Der Sonderrechtscharakter geht verloren, wenn die Eintragung nicht mehr mit "verkehrsüblicher Sorgfalt" betrieben wird.

Büttner, S. 88; Dregger, S. 57

Beteiligten über diese Wertung hinweg, so läßt sich nicht mehr von einer "werdenden AG" sprechen. Man hat damit ein Abstandnehmen von der Eintragung zum Ausdruck gebracht; eine spätere Anmeldung wäre lediglich ein "venire contra factum proprium". Die damit entstandene OHG kann nicht mehr automatisch zur AG werden, anzuwenden sind alsdann die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes für die Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine AG, §§ 40 ff. UmwG.

Das Interesse Außenstehender an einem klaren Rechtszustand wird durch diese Einschränkungen befriedigt. Denn der Übergangszeitraum ist auf ein erträgliches Maß beschränkt. Außerdem können Dritte nicht ein gesteigertes Vertrauensinteresse für sich in Anspruch nehmen, denn sie haben sich auf eigene Gefahr mit einer "werdenden AG" eingelassen; auf eine OHG können und dürfen sie nicht vertrauen, weil es an einer entsprechenden Veranlassung fehlt: Es gibt weder eine entsprechende Verlautbarung im Handelsregister, noch tritt die "werdende AG" als OHG auf.

Aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit lassen sich damit keine Einwände gegen die "werdende AG" herleiten.

Der zweite mögliche Einwand läßt sich rein formal entkräften: Im Unterschied zum "nicht rechtsfähigen Verein des Handelsrechts" untersteht die AG als Handelsgesellschaft dem Handelsrecht, § 3 AktG i.V. mit § 6 I HGB. Wenn die "werdende AG" eine AG abzüglich derjenigen Eigenschaften ist, die durch die Rechtsfähigkeit bedingt sind, bliebe nur zu prüfen; ob es bei § 3 AktG auf die Rechtsfähigkeit ankommt. Dies werden wir weiter unten behandeln. Ein "nicht rechtsfähiger Verein des Handelsrechts" ließe sich dagegen nicht als Einzelkaufmann oder als Handelsgesellschaft ansehen, außerdem fehlte es an einer entsprechenden Verweisungsvorschrift.

3. Wir können somit zusammenfassen:

Wird ein Handelsunternehmen in die Vor-AG eingebracht, so entsteht weder ein "nicht rechtsfähiger Verein des Handelsrechts" noch eine "OHG". Die Vorgesellschaft ist und bleibt eine "werdende AG", also eine AG abzüglich derjenigen Eigenschaften, die durch die Rechtsfähigkeit bedingt sind. Welche Rechtsvorschriften demnach anzuwenden sind, ist für jede Einzelfrage gesondert zu prüfen.

Eine OHG kann nur entstehen, wenn die Gründer ausdrücklich oder konkludent die Eintragung der AG aufgegeben haben. Als konkludente Abstandnahme von der Eintragung ist es anzusehen, wenn das Gründungsverfahren (Anmeldung) ohne sachliche Gründe verzögert wird. Die hierdurch entstehende OHG kann nicht mehr automatisch durch Eintragung zur AG werden. Anzuwenden sind nunmehr die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes, §§ 40 ff. UmwG.

Die Einzelprobleme, die sich bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts in die errichtete AG ergeben, werden an Hand der Sonderrechtstheorie im folgenden Abschnitt geprüft.

III. Auswirkungen der Einbringung eines Handelsgeschäfts im Einzelfall

1. Kaufmannseigenschaft

a) Der Begriff des "Kaufmanns" hat zentrale Bedeutung für das Handelsrecht: Wer Kaufmannseigenschaft besitzt, untersteht dem Handelsrecht. Das Gesetz beschränkt sich nun nicht darauf, lediglich natürlichen Personen die Kaufmannseigenschaft zuzusprechen; es bezieht auch Personenvereinigungen mit und ohne Rechtsfähigkeit ein. Hierfür bedient sich das Gesetz zweier Wege: Entweder wird diesen Personenvereinigungen ausdrücklich die Kaufmannseigenschaft zuge-

wiesen und es findet Handelsrecht Anwendung, weil sie als Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs "gelten" (z.B. Genossenschaft: § 17 II GenG).

Oder: Das Gesetz behandelt die Personenvereinigungen als "Handelsgesellschaften" und es finden deshalb nach § 6 I HGB die für Kaufleute geltenden Vorschriften Anwendung. Kaufmannseigenschaft haben diese Personenvereinigungen, weil sie "Handelsgesellschaften" sind. Den zweiten Weg benutzt das Gesetz für die OHG, KG, AG, KGaA, GmbH (§§ 13 III GmbHG, 3 AktG, 278 III AktG).

Bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts in die werdende AG ergibt sich nun folgendes Problem:

Der Einbringende war Kaufmann; seine Kaufmannseigenschaft endigt mit der Überleitung des Handelsgeschäfts, denn von diesem Zeitpunkt ab übt er keine handelsgewerbliche Tätigkeit mehr aus; lediglich im Handelsregister ist er noch als Kaufmann eingetragen (§ 15 I HGB!). Mit der Überleitung wird das Handelsgeschäft der Vor-AG zugeordnet, also nicht einzelnen Personen zu treuhänderischem Eigentum oder der "zukünftigen AG" aufschiebend bedingt. Hat nun das neue Zuordnungssubjekt, die Vor-AG, Kaufmannseigenschaft oder ist dies von der Eintragung der AG abhängig?

Die Meinungen im Schrifttum sind geteilt. .

Man trägt vor: Bei Einbringung eines Handelsgeschäfts lasse sich die Kaufmannseigenschaft nicht bis zur Eintragung als ruhend ansehen; man könne sie deshalb nur der werdenden AG zugestehen. Im übrigen hält man zumindest eine analoge Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften für geboten¹⁾.

Nach der Gegenmeinung ist die werdende AG nicht Kaufmann, denn diese Eigenschaft setze Rechtsfähigkeit voraus. Zum Teil will man aber die Vorschriften über die Handelsgeschäfte

1) Ballerstedt, ZHR 127, S. 102; Büttner, S. 121 f. Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 34
Schnorr v. Carolsfeld, DNotZ 1963, 410 Anm. 29

nach §§ 343 ff. HGB entsprechend anwenden¹⁾.

b) Die vorstehenden Kontroversen scheinen zu einem erheblichen Teil von systematischen Überlegungen zum "Kaufmannsbegriff" beeinflusst zu sein. So pflegt das Schrifttum gewöhnlich den "Kaufmannsbegriff des HGB" zu unterscheiden in: Kaufleute kraft Gewerbebetriebes (§ 1 HGB), Kaufleute kraft Eintragung (§§ 2, 3 HGB), Kaufleute kraft Rechtsform (§ 6 HGB), daneben den Scheinkaufmann²⁾.

Geht man von dieser Systembildung zum Kaufmannsbegriff aus, so könnte man leicht geneigt sein zu folgern, eine "werdende AG" sei kein Kaufmann: Denn die §§ 1-3 HGB gelten unmittelbar nur für natürliche Personen; bei der Verweisungsvorschrift in § 6 HGB könnte man sagen, es fehle die erforderliche Rechtsform, die werdende AG könne also auch kein "Formkaufmann" sein. Dieses Vorgehen wäre aber bedenklich: Denn man hätte unbesehen Folgerungen aus einem zuvor gebildeten System gezogen und hätte dabei die Sachproblematik außer acht gelassen.

Als weiterer Ausgangspunkt kann deshalb nur die gesetzliche Wertung in Betracht kommen. Demnach ist hier zu prüfen, welche Überlegungen dem Ausdruck "Handelsgesellschaft" in der Verweisungsvorschrift des § 6 I HGB zugrundeliegen, ob hier die "Rechtsfähigkeit" eine Rolle spielt oder nicht und was sich daraus für die werdende AG ergibt, die ein Handelsgeschäft fortführt.

Bei der Formulierung in § 6 I HGB verwendet das Gesetz den Terminus "Handelsgesellschaft" für rechtsfähige (AG, GmbH) und für nicht rechtsfähige Handelsgesellschaften (OHG, KG); es gebraucht die Bezeichnung "Handelsgesellschaft" für Vereine im weiteren Sinn (AG, GmbH) und für Gesellschaften im engeren Sinn (OHG, KG).

1) Barz, in Großk. AktG, § 27 Anm. 7; Feine, S. 203 f.
Schreiber, S. 70 f.; Wagner, S. 256
2) Z.B. Capelle, § 2 II (S. 10 ff.)

Ob in diesem weiten Sinn eine "Handelsgesellschaft" vorliegt, hängt grundsätzlich von dem Betreiben eines Handelsgewerbes ab; dies gilt für die OHG, KG (§§ 105 I, 161 I HGB). Für die AG gilt jedoch die Beschränkung auf ein Handelsgewerbe nicht. Die AG ist auch dann eine "Handelsgesellschaft", wenn sie kein Handelsgewerbe im Sinne von §§ 1, 2 HGB betreibt; dies ist die Bedeutung des § 3 AktG.

Bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts in die Vor-AG wird bei dem Weiterbetrieb auf jeden Fall handelsgewerbliche Tätigkeit ausgeübt. Wenn im übrigen das Gesetz in § 6 I HGB den Ausdruck "Handelsgesellschaft" ohne Einschränkung auf rechtsfähig oder nicht rechtsfähig verwendet, ist nicht einzusehen, warum die Rechtsfähigkeit (Eintragung) für das Merkmal "Handelsgesellschaft" noch eine Rolle spielen könnte: Wird handelsgewerbliche Tätigkeit ausgeübt und ist weiterhin die vertragliche Grundlage für eine handelsrechtliche Gesellschaftsform gegeben, so besteht eine "Handelsgesellschaft"¹⁾²⁾.

Ein weiterer Gesichtspunkt: Wollte man in unserem Fall der "werdenden AG" das Merkmal "Handelsgesellschaft" absprechen, und damit auch die Kaufmannseigenschaft gemäß § 6 I HGB, so hätte dies folgende Konsequenzen: Für die Geschäftstätigkeit zwischen Einbringung des Handelsgeschäfts und der Handelsregistereintragung bestünde keine kaufmännische Buchführungspflicht nach §§ 38 ff. HGB, denn außer der werdenden AG könnten andere buchführungspflichtige Personen nicht in Betracht kommen; die Buchführungspflicht des Vorstandes nach § 91 AktG setzt sachlogisch eine Buchführungspflicht der AG voraus³⁾. Es könnten deshalb mit gesetzlicher Sanktion geschäftliche Vorgänge verschleiert werden, denn mangels geordneter Buchführung bestünde keine Kontrollmöglichkeit (§§ 45 ff. HGB)

-
- 1) Auch die nicht eingetragene OHG (KG) ist gemäß § 123 II HGB eine "Handelsgesellschaft", wenn sie bereits vor der Eintragung handelsgewerbliche Tätigkeit (§ 1 HGB) ausübt.
 - 2) Ob die "werdende AG" stets (Bargründung) als Kaufmann zu behandeln ist, kann dahinstehen!
 - 3) Vgl. auch in § 91: die "erforderlichen" Handelsbücher

für diesen Übergangszeitraum. Durch die Einbringung eines Handelsgeschäfts in eine Vor-AG könnte man sich für kürzere Zeit aller kaufmännischen Pflichten entledigen. Dem Handelsrecht ist ein solches Ergebnis fremd: Wird handelsgewerbliche Tätigkeit ausgeübt, so soll - nach handelsrechtlicher Wertung - der Unternehmensinhaber den gesteigerten handelsrechtlichen Pflichten und Rechten unterworfen sein, auf die Beachtung von Formalien soll es nicht ankommen, vgl. für OHG, KG: § 123 II HGB.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis:

Bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts wird die Vor-AG zur Handelsgesellschaft. Nach § 6 I HGB finden damit die für Kaufleute geltenden Vorschriften Anwendung.

2. Firma

a) Für Handelsgesellschaften mit und ohne Rechtsfähigkeit ist die "Firma" der einzige Name, unter dem sie im Rechtsverkehr auftreten können. "Firma" und "Name" können nicht wie bei Einzelkaufleuten auseinanderfallen.

Soweit man sich im Schrifttum mit den Kennzeichnungsproblemen der werdenden AG beschäftigt, behandelt man meistens den Namensschutz: Eine weit verbreitete Meinung bejaht den Namensschutz nach § 12 BGB; soweit man eine Kaufmannseigenschaft annimmt, bezieht man auch die sonstigen Schutzgründe ein: §§ 37 II, 30 HGB und 16 UWG¹⁾. Die Schutzfähigkeit interessiert hier nicht weiter, zumal wir von der Kaufmannseigenschaft ausgegangen sind und somit zwanglos die §§ 37 I HGB, 16 UWG anwenden können.

1) Vgl. Barz, in GroBk. AktG, § 27 Anm. 7
Büttner, S. 121 f.; Feine, S. 202
Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 33
Schnorr v. Carolsfeld, DNotZ 1963, 410 Anm. 29
Schreiber, S. 67

Wenig aufschlußreich äußert sich die Literatur dagegen über die Frage, wie dieser Name beschaffen ist. Soll es die frühere Firma des Handelsgeschäfts sein oder die in der Satzung neu gebildete Firma? Darf der Zusatz "AG" bereits benutzt werden? Müßte der gebrauchten Firma ein Zusatz beigelegt werden, der auf das Gründungsstadium hinweist?¹⁾

Zum Teil unterscheidet man im Schrifttum für einzelne Problembereiche ganz abstrakt, ob im Namen der Vor-AG oder im Namen der zukünftigen AG gehandelt worden ist; damit gibt man zu erkennen: Der Name der Vor-AG muß verschieden sein vom Namen der eingetragenen AG²⁾. Nach anderen Meinungen gibt es eine solche Unterscheidung nicht, oder sie ist zumindest nicht gerechtfertigt³⁾.

b) Wir haben bei der Problemerkörterung zu unterscheiden, ob die bisherige Firma fortgeführt werden soll oder nicht.

Bei Firmenfortführung muß der bisherigen Firma lediglich der Zusatz "Aktiengesellschaft" beigelegt werden, § 4 II. Für die werdende AG lautet daher die Frage: Darf die Vor-AG bereits die Bezeichnung "Aktiengesellschaft" mit in die seither benutzte Firma aufnehmen?

Vom Standpunkt des früheren Geschäftsinhabers ist ein solcher Zusatz notwendig. Denn: Der Inhaberwechsel ist nach

1) Vgl. Barz, in Großk. AktG, § 41 Anm. 13a
Ballerstedt, ZHR 127, 102; Feine, S. 202
Flume, S. 37

2) Für Unterscheidung: BGH, LM Nr. 6, 14 zu § 11 GmbHG
B.-Hueck, § 41 Anm. 5, 8; ders., GmbHG, § 11 Anm. 3 A
Kraft, in Kölner Komm., § 41 Anm. 11, 31
Neumann-Duesberg, SAE 1954, S. 75 f.
Schilling, in Hachenburg, § 11 Anm. 9

3) Dagegen: Barz, aaO., § 41 Anm. 20
Dilcher, JuS 1966, 95; J.v.Gierke, HR, S. 284
Otto, BB 1954, S. 575, S. 572 Fn. 14
Ulmer, S. 58 Fn. 64
Wiedemann, Jura 1970, S. 455

§ 31 I HGB eine eintragungspflichtige Tatsache; vor deren Eintragung und Bekanntmachung läuft der bisherige Geschäftsinhaber Gefahr, für Rechtsgeschäfte des neuen Inhabers nach § 15 I HGB in Anspruch genommen zu werden. Diesem Risiko kann der frühere Inhaber nur entgehen, wenn die Vor-AG den Zusatz "Aktiengesellschaft" benutzt; denn dieser Zusatz weist auf einen anderen Inhaber hin, dem Außenstehenden wird also die eintragungspflichtige Tatsache (Inhaberwechsel) "bekannt" und damit sind auch die Wirkungen des § 15 I HGB beseitigt.

Es fragt sich aber, ob der Zusatz "AG" bei einer werdenden AG nicht zu einer Täuschung führt und daher nach § 18 II HGB unzulässig ist¹⁾.

§ 18 II HGB dient den Interessen Außenstehender an einer "wahren" Firma (Grundsatz der Firmenwahrheit): Es sollen keine falschen Vorstellungen über die Person des Inhabers, über ein nicht bestehendes Gesellschaftsverhältnis, oder über Art und Umfang des Geschäfts entstehen.

Alle diese Gesichtspunkte treffen für den Zusatz "Aktiengesellschaft" bei einer Vor-AG nicht zu. Denn das Publikum soll ja gerade durch den Zusatz "AG" auf die veränderten Inhaberverhältnisse hingewiesen werden. Firmenzusätze wie "AG" m ü s s e n nach § 4 II AktG²⁾ der ursprünglichen Firma beigelegt werden. Diese Zusätze sollen Außenstehende unter anderem auf die beschränkten Haftungsverhältnisse aufmerksam machen. Würde der Zusatz "AG" fehlen, entstünden für das Publikum Gefahren, die §§ 18 II HGB, 4 II AktG gerade verhindern wollen. Wie sollte man bei Firmenfortführung sonst merken, ob das Handelsgeschäft von dem bisherigen Geschäftsinhaber auf die AG übergeleitet wurde? Das Täuschungsverbot des § 18 II HGB fordert es geradezu, die bisherige Firma mit dem Gesellschaftszusatz "AG" zu versehen.

1) § 18 II HGB gilt über § 6 I HGB auch für Handelsgesellschaften

2) Ebenso für GmbH, § 4 II GmbHG

Wir können also festhalten: Bei Firmenfortführung gilt § 4 II AktG; es muß daher der Zusatz "Aktiengesellschaft" in die Firma aufgenommen werden.

Soll die bisherige Firma nicht fortgeführt werden, so darf die Vor-AG nach der dinglichen Überleitung des Handelsgeschäfts die alte Firma selbstverständlich nicht gebrauchen. Eine Benutzung der alten Firma würde im Widerspruch zu § 22 HGB stehen und Rechtsfolgen nach § 37 HGB auslösen; der früheren Firma dürfte auch - im Unterschied zum vorherigen Fall - kein Gesellschaftszusatz beigefügt werden, für das Publikum entstünden dann vollends Unklarheiten und der frühere Geschäftsinhaber wäre mit den haftungsrechtlichen Konsequenzen aus §§ 31 I, 15 I HGB belastet.

Als zulässige Firma der Vor-AG kommt für diesen Fall nur die neu gebildete Sachfirma nach § 4 I AktG in Betracht. Man könnte fragen, ob denn jetzt nicht der Gesellschaftszusatz "AG" entbehrlich ist. Auch dies wäre nicht statthaft. Denn das Publikum wäre dann wieder im unklaren, wer Inhaber ist und wie das Gesellschaftsverhältnis beschaffen ist: Denn auch Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften könnten eine Sachfirma - wenn auch nur als abgeleitete Firma - benutzen. Außerdem führen auch sonstige juristische Personen wie GmbH und Genossenschaft eine Sachfirma; zur Unterscheidung von solchen Gesellschaftsverhältnissen ist also ebenfalls der Zusatz "AG" erforderlich.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis: Soll die frühere Firma nicht weitergeführt werden, so richtet sich die Firma der Vor-AG nach § 4 I.

Für die soeben besprochenen Möglichkeiten der Firmenführung haben wir nun das gemeinsame Problem zu erörtern: Muß der Firma ein Zusatz beigefügt werden, der auf das Gründungsstadium hindeutet?

Die Notwendigkeit eines solchen Zusatzes könnte sich aus dem Rechtsgedanken des § 18 II HGB ergeben: Ohne einen entsprechenden Zusatz könnte beim Publikum der Eindruck einer fertigen AG entstehen; insoweit würde eine Täuschungsgefahr herbeigeführt werden.

Dagegen ließe sich einwenden: Wenn die AG noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist, die Vor-AG aber die Gesellschaftsfirma der fertigen AG gebraucht, so könnten die Interessierten durch Rückfragen beim Registergericht erfahren, daß es sich um eine noch nicht eingetragene AG handelt. - Mit einem solchen Einwand würde man jedoch an Außenstehende zu hohe Anforderungen stellen. Es würde die rasche Erledigung von Handelsgeschäften beeinträchtigen, müßten die Betroffenen erst das zuständige Gericht ermitteln und sich sodann durch Einblick in das Handelsregister überzeugen, ob die AG schon eingetragen ist oder noch nicht. Man bedenke nur den Fall, daß die Geschäftspartner über größere Entfernungen hinweg ihren Geschäftssitz haben. Man hat daher einen Zusatz zu benutzen, der auf das Gründungsstadium hinweist¹⁾.

Die Richtigkeit dieser Überlegung deutet eine entsprechende Wertung des AktG im Liquidationsstadium an: Dem Gesetzgeber genügt es nicht, wenn lediglich die Auflösung der AG in das Handelsregister eingetragen ist und damit Außenstehenden die M ö g l i c h k e i t einer Kenntnissnahme des Liquidationsstadiums gegeben wird (§ 263). In § 269 VI läßt das Gesetz erkennen, daß nunmehr die Gesellschaftsfirma mit einem die Abwicklung andeutenden Zusatz zu versehen ist; Außenstehende werden damit u n m i t t e l b a r auf das Liquidationsstadium aufmerksam gemacht²⁾.

Als Zusatz für das Gründungsstadium empfiehlt sich der Zusatz "in Gründung" oder kurz "i.G."³⁾.

1) Im Ergebnis ebenso:

Barz, in Großk. AktG, § 41 Anm. 13a; Flume, S. 37

2) Vgl. ebenso: §§ 65, 68 II GmbHG; 82, 85 III GenG

3) Barz, in Großk. AktG, § 41 Anm. 13a

Durch den Zusatz, der auf das Gründungsstadium hindeutet, wird keine neue, von § 4 abweichende Firma begründet.

Denn die eigentliche Firma der AG, der Firmenkern, ist in jener Vorschrift festgelegt und bleibt vom Gründungs- bis zum Liquidationsstadium unangetastet.

Es entstehen deshalb auch nicht verschiedene "Namen".

Vom Standpunkt der Identitätslehre wäre es ohnedies sachlich nicht gerechtfertigt, aus der Benutzung oder Nichtbenutzung eines bloßen Zusatzes auf verschiedene "Namen" und sodann auf unterschiedliche Rechtsfolgen zu schließen.

Eine Unterscheidung wäre auch problematisch, wenn nach der Handelsregistereintragung, aber noch vor der Mitteilung des Registergerichts über die erfolgte Eintragung (§ 130 II FGG), Geschäfte "im Namen der Vor-AG" abgeschlossen würden. Für den Außenstehenden ist die Lage vielmehr so: Er will mit der Aktiengesellschaft - in welchem Entwicklungsstadium auch immer - Geschäfte abschließen¹⁾.

Als Ergebnis können wir damit festhalten:

Die Firma der Vor-AG richtet sich nach § 4 AktG. Der Firma ist ein Zusatz beizufügen, der auf das Gründungsstadium hindeutet. Durch diesen Zusatz wird kein neuer Name begründet.

3. Vertretung

a) Vertretungsberechtigte Personen

aa) Nach Eintragung der AG ist der Vorstand ausschließlich zur Geschäftsführung und Vertretung befugt, §§ 76-78 AktG; lediglich in Ausnahmefällen wird auch dem Aufsichtsrat eine Vertretungskompetenz zugewiesen, § 112.

Dagegen haben im Gründungsstadium neben dem Vorstand und Aufsichtsrat auch die Gründer bestimmte Handlungspflichten. Sie müssen den Aufsichtsrat bestellen, einen Gründerbericht

1) Otto, BB 1954, S. 572 Fn. 14, S. 575
Wiedemann, Jura 1970, S. 455

anfertigen und die AG beim Registergericht anmelden. Es ergibt sich damit folgende Frage: Hat der Vorstand für die werdende AG von selbst Vertretungsmacht, wie nach der Eintragung? Oder macht die Besonderheit des Gründungsstadiums ein abweichendes Ergebnis notwendig?

Soweit man in Rechtsprechung und Schrifttum diese Frage behandelt, sind die Meinungen geteilt.

Nach Godin-Wilhelmi hat der Vorstand im Gründungsstadium nur Vertretungsmacht für die zukünftige AG, dagegen nicht für die Vor-AG¹⁾.

Nach der überwiegenden Lehrmeinung hat der Vorstand Vertretungsmacht für die Vor-AG; solange ein Vorstand noch nicht bestellt ist, sollen die Gründer vertretungsberechtigt sein²⁾. Der BGH ist der Ansicht, der Vorstand sei nicht ohne weiteres Vertreter der Vorgesellschaft; dazu bedürfe es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Bevollmächtigung durch die Gründer³⁾. In späteren Urteilen zum GmbH-Recht nimmt der BGH - bei Einbringung eines Handelsgeschäfts - an, die GmbH-Geschäftsführer hätten Vertretungsmacht und würden das eingebrachte Handelsgeschäft für Rechnung der GmbH weiterbetreiben⁴⁾. In diesen Fällen bleibt unklar, ob die GmbH-Geschäftsführer damit stillschweigend zur Vertretung der "werdenden GmbH" bevollmächtigt sind, oder ob - ähnlich wie nach Godin-Wilhelmi - nur eine Vertretungsmacht für die "zukünftige" GmbH besteht.

bb) Eine Hauptursache für den Meinungsstreit über die Vertretungsbefugnis des Vorstandes vor der Eintragung und für

1) Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 5

2) Büttner, S. 73; Dregger, S. 81 f.
Flume, S. 36; Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 17
Ludewig, LZ 1933, Sp. 418
Schnorr v. Carolssfeld, DNotZ 1963, 407
vgl. auch Dilcher, JuS 1966, 90 f. (GmbH)
Feine, S. 203; Ganßmüller, NJW 1956, 1187

3) BGH, LM Nr. 2 zu § 34 AktG

4) BGHZ 45, 338/343, 349 f.; BGH, LM Nr. 12 zu § 11 GmbHG
BGHZ 51, 30

die Unklarheiten beim BGH liegt in folgendem:

Trotz gleicher oder ähnlicher Terminologie hat der Begriff der Vorgesellschaft (Vor-AG, Gründungsgesellschaft, Gründergesellschaft usw.) einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt, darauf haben wir oben schon hingewiesen¹⁾: Die Anschauungen zur "Vorgesellschaft" hängen von der Auffassung über die Entstehung der AG ab.

Godin-Wilhelms Ausgangspunkt unterscheidet sich von der hier vertretenen Identitätslehre: Träger des Einlagevermögens sind nach ihm nicht die Gründer zur gesamten Hand in der Vor-AG, sondern die "zukünftige" AG; für diese zukünftige AG hat der bestellte Vorstand die Einlagen aufschließend bedingt entgegengenommen, für sie muß er die Einlage auch verwalten und damit für sie ein Handelsgeschäft führen. Die "Vorgesellschaft" in der Terminologie Godin-Wilhelms hat jedenfalls nicht die entsprechende Bedeutung wie bei den Vertretern der Identitätslehre. Offenbar meint Godin-Wilhelmi mit seiner "Vorgesellschaft", was die Vertreter der Identitätslehre als "Nebengesellschaft" (= Gründergesellschaft, Vorgründungsgesellschaft) bezeichnen würden²⁾. Niemand behauptet aber, daß Vorstand bzw. Geschäftsführer für diese Gesellschaft (Nebengesellschaft) automatisch Vertretungsmacht besitzen; insoweit bestehen daher keine Meinungsunterschiede zu Godin-Wilhelmi und zum BGH.

Vom Ausgangspunkt der Identitätslehre und deren Anschauung zur Vorgesellschaft ist eine Unterscheidung von "zukünftiger" AG und Vor-AG sachlich nicht gerechtfertigt, wie wir oben sahen³⁾; deshalb lassen sich für die Vertretungskompetenz vor der Eintragung auch keine Unterscheidungen wie bei Godin-Wilhelmi rechtfertigen.

Die Übereinstimmungen in der inneren Struktur zwischen der werdenden AG und der eingetragenen AG legen es nahe, dem

1) Vgl. oben, 2. Teil, A I 1, A II 2

2) Vgl. J. v. Gierke, S. 275
Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 27 f.

3) Vgl. die Ausführungen zur "Firma", 2. Teil, A III 2

bestellten Vorstand bereits die ausschließliche Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht zuzusprechen¹⁾. Die Hauptgründe hierfür werden insbesondere bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts deutlich:

Soll ein bestehendes Handelsunternehmen in eine AG eingebracht und dort weiter betrieben werden, so haben die Gründer die Rechtsform der AG auch deshalb gewählt, um die weitere Geschäftstätigkeit einem geschickten Vorstand zu überlassen²⁾ oder - bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern - die Geschäftstätigkeit auf einen Vorstand zu konzentrieren (bei Erbengemeinschaften). Dem Willen der Gründer entspricht es daher, daß nicht sie, sondern bereits von vornherein der bestellte Vorstand zur Geschäftsführung und Vertretung der werdenden AG befugt ist.

Das AktG bestätigt dieses Willensargument in doppelter Hinsicht: Während im GmbH-Recht die GmbH-Gesellschafter einen unmittelbaren Einfluß auf Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer haben (§ 46 Nr. 5 GmbHG), fehlt es im Aktienrecht an einer entsprechenden unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeit der Gründer auf den Vorstand. Denn nicht die Gründer, sondern der durch die Gründer gebildete Aufsichtsrat bestellt den Vorstand (§ 30 IV); ebenso kann auch nur der Aufsichtsrat den Vorstand wieder abberufen (§ 84 III).

Eine ausdrückliche oder stillschweigende Bevollmächtigung des Vorstandes durch die Gründer - so der BGH - oder die Unterlassung einer solchen Vollmachterteilung würde dagegen unmittelbare rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gründer auf den Vorstand voraussetzen, die dem Aktienrecht unbekannt sind. Das aktienrechtliche Organisationsprinzip führt demnach zu einer automatischen Vertretungsbefugnis des bestellten Vorstandes; eine Bevollmächtigung durch die Gründer wäre unmöglich.

1) Vgl. Dilcher, JuS 1966, S. 91

2) Z.B. bei der Sanierungsgründung

Der zweite Gesichtspunkt aus dem AktG: Der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Vorstandes entsprechen bei der fertigen AG Sorgfaltspflichten und Haftungsbestimmungen in § 93; entsprechendes gilt für den Aufsichtsrat in § 116.

Im Gründungsstadium verweist § 48 S. 2 für Aufsichtsrat und Vorstand auf jene Bestimmungen. Dagegen besteht für die Gründer eine entsprechende Vorschrift nicht¹⁾. Daraus dürfen wir entnehmen: Nach dem gesetzlichen Leitbild sollen Geschäftsführung und Vertretung allein beim Vorstand liegen und nur durch den Aufsichtsrat überwacht werden, weil hierfür Haftungsbestimmungen bestehen, §§ 48 S. 2, 93, 116. Selbst eine nur vorübergehende Geschäftsführung und Vertretung durch die Gründer würde hierzu im Widerspruch stehen und wäre ohne haftungsrechtliche Grundlage. Deshalb würden die Gründer auch kein in die Vor-AG eingebrachtes Handelsgeschäft betreiben dürfen; das eingebrachte Handelsunternehmen darf nur durch den Vorstand verwaltet werden; ist der Vorstand noch nicht bestellt, so kann die Sacheinlage nicht in die Vor-AG eingebracht werden.

Wir können damit festhalten:

Für das Gründungsstadium weist das AktG dem Vorstand die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu.

Ob neben dem Vorstand noch rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter die Vor-AG vertreten dürfen, wie z.B. Handlungsbevollmächtigte, Prokuristen, hängt davon ab, wie weit die Vertretungsmacht des Vorstandes reicht: ob also durch den Vorstand weitere Vollmachten erteilt werden dürften²⁾.

1) Die Gründerhaftung in § 46 II betrifft einen anderen Fall!

2) Für die rechtsgeschäftliche Bestellung solcher Personen im Gründungsstadium: Schreiber, S. 70 f.; Feine, S. 204; Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 34
dagegen: Barz, in Großk. AktG, § 29 Anm. 9
Schnorr v. Carolsfeld, DNotZ 1963, 410 Anm. 29

b) Umfang der Vertretungsmacht

aa) Nach Eintragung der AG hat der Vorstand unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht, § 82. Ob diese Vorschrift auch im Gründungsstadium gelten kann, wollen wir nur für den Fall der Einbringung eines Handelsgeschäfts erörtern. Ob darüber hinaus der § 82 allgemein für die werdende AG anwendbar ist, interessiert also nicht.

Wir haben zunächst zu beachten: Dieses Problem müssen wir im Zusammenhang mit einem weiteren Fragenbereich sehen, dem Übergang der Rechte und Verbindlichkeiten von der Vor-AG auf die eingetragene AG: Soweit Rechte und Verbindlichkeiten für die Vor-AG begründet werden, treffen sie nach der Identitätslehre auch die eingetragene AG.

Aus diesem Zusammenhang ergibt sich für die Kapitalgesellschaften, hier in besonderer Weise für das Aktienrecht, folgendes Problem: Im Gläubigerinteresse hat der Gesetzgeber den Grundsatz der Kapitalerhaltung und das Vorbelastungsverbot für die AG in strenger Weise durchgeführt: Nach §§ 26, 27 müssen bestimmte Rechtsgeschäfte, sollen sie die eingetragene AG treffen, in die Satzung aufgenommen werden; für die Ausführung dieser "rechtlich notwendigen" Geschäfte besteht unbestritten Vertretungsmacht des Vorstandes; im übrigen sieht das Gesetz in § 41 II, III für die eingetragene AG Schuldübernahmen und Übernahmeverbote vor.

Andererseits: Bei Einbringung eines Handelsgeschäfts kann man die wirtschaftliche Tätigkeit nicht ruhen lassen, denn sonst würde sich der Wert des eingelegten Unternehmens und damit die Kapitalgrundlage der AG vermindern.

Beim Weiterbetrieb des Unternehmens kann man jedoch nicht den Vorschriften der §§ 26, 27 gerecht werden. Denn die abzuschließenden Geschäfte gehen über den Kreis jener Geschäfte nach §§ 26, 27 hinaus und lassen sich außerdem nicht "festsetzen", weil sie nach Art und Umfang im Zeitpunkt der Satzungsfeststellung noch unbekannt sind.

Schließlich müssen bei Ausübung handelsgewerblicher Tätigkeit die Vertretungsberechtigten Organe - im Interesse Außenstehender - unbeschränkte Vertretungsmacht haben, vgl. §§ 82 AktG, 37 II GmbHG, 126 II HGB.

Das AktG enthält keine besonderen Vorschriften über den Weiterbetrieb eines eingeleiteten Unternehmens und die dabei sich ergebenden Vertretungskompetenzen. Rechtsprechung und Lehre äußern sich folgendermaßen:

Teilweise räumt man - über unseren Sonderfall hinaus - dem Vorstand im Gründungsstadium stets unbeschränkte Vertretungsmacht ein; Rechte und Verbindlichkeiten können somit uneingeschränkt begründet werden und auch die eingetragene AG treffen¹⁾.

Ein weiterer Teil des Schrifttums und der BGH stehen diesem Ergebnis - bei Einbringung eines Handelsgeschäfts - nahe, machen aber doch Einschränkungen. So sagt man, nur die "wirtschaftlich notwendigen" Geschäfte sollen die AG treffen. Der BGH führt aus, bei Einbringung eines Handelsgeschäfts hätten die Geschäftsführer oder der Vorstand "fast" die Vertretungsbefugnis wie bei einer eingetragenen GmbH bzw. AG²⁾.

Nach Godin-Wilhelmi hat der bestellte Vorstand zwar Vertretungsmacht für die "zukünftige" AG. Bei Fortführung eines eingebrachten Handelsgeschäfts sollen aber nach der Eintragung Genehmigungen und Schuldübernahmen erforderlich sein; ohne Genehmigung oder Schuldübernahme seien die Rechtshand-

-
- 1) Büttner, S. 159; Dregger, S. 82
Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 260
ders., Mitgliedschaft, S. 188 ff.
Schnorr v. Carolsfeld, DNotZ 1963, 409
vgl. auch: Dilcher, JuS 1966, 92 (GmbH)
Feine, S. 201 ff.; Schreiber, S. 65 ff.
- 2) BGH, LM Nr. 12 zu § 11 GmbHG; BGHZ 45, 338/343; 51, 30
Barz, in Großk. AktG, § 41, Anm. 12 f.
Kraft, in Kölner Komm., § 41 Anm. 49 f.
Ludewig, LZ 1933, Sp. 419
vgl. auch Möhring-Tank, in Hdbch. d. AG I, Rdn. 15

lungen nicht für die AG verbindlich¹⁾.

bb) Bei der Sondermeinung Godin-Wilhelmis müssen wir den andersgelagerten Ausgangspunkt beachten, den wir bereits früher abgelehnt haben: Nach der hier vertretenen Ansicht handelt der Vorstand für die AG in ihrem jeweiligen Entwicklungsstadium.

Selbst wenn wir über diesen Unterschied hinwegsehen, bleibt die Meinung Godin-Wilhelmis bedenklich: Zunächst erscheint es als Widerspruch, wenn einerseits der bestellte Vorstand Vertretungsmacht für die "zukünftige" AG haben soll²⁾, dagegen andererseits die Rechtshandlungen dieses Organs unter dem Vorbehalt von Genehmigungen und Schuldübernahmen der AG stehen.

Weiterhin: Wer sollte wohl für die AG die Genehmigungen und Schuldübernahmen aussprechen? Der Vorstand oder wegen § 181 BGB der Aufsichtsrat? Sollte der Vorstand die Genehmigungen und Schuldübernahmen vornehmen - es handelt sich ja um denselben Vorstand -, so würde dies ohne weiteres geschehen. Denn der Vorstand kann sich nicht in Widerspruch zu seinem vorherigen geschäftlichen Verhalten setzen³⁾; außerdem würde sich der Vorstand durch dieses gegenteilige Verhalten den Haftungsansprüchen der Geschäftspartner aussetzen. Insoweit wären Genehmigungen und Schuldübernahmen ein sachlich nicht gerechtfertigter Formalismus.

Die wegen § 181 BGB näherliegende Handlungsbefugnis des Aufsichtsrates würde eine Verschiebung aktienrechtlicher Kompetenzen bedeuten: Denn die Leitungsmacht für die zwischenzeitliche Geschäftsführung läge nicht beim Vorstand, sondern in Wahrheit beim Aufsichtsrat: Der Aufsichtsrat müßte über jedes einzelne Rechtsgeschäft aus der Geschäftstätigkeit des Vorstandes befinden. Nach Aktienrecht soll jedoch

1) Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 17 ff.
wohl auch Wagner, S. 263 f.

vgl. auch Lehmann-Dietz, S. 306

2) Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 5

3) Verbot des venire contra factum proprium

der Vorstand ausschließlich die Geschäftstätigkeit leiten und verantworten, §§ 76 ff.; der Aufsichtsrat soll dagegen lediglich die Geschäftsführung überwachen, § 111 I.

Der Vorstand würde in diesem Falle mit einem erheblichen Risiko belastet; denn seine Haftung hinge vom Verhalten des Aufsichtsrats ab; man kann aber kaum einen Vorstand einerseits für verpflichtet halten, das Handelsgeschäft fortzuführen, ihm aber andererseits das Haftungsrisiko aufzubürden¹⁾.

Schließlich ergeben sich gegen Godin-Wilhelmi noch Einwände für den Einzelfall: So soll das Aktivvermögen ohne weiteres auf die AG übergehen können, die Verbindlichkeiten aber nicht: Dies würde nach Eintragung der AG die späteren Gläubiger in ungerechtfertigter Weise auf Kosten der früheren Gläubiger bevorzugen; außerdem würden synallagmatische Verträge in unzulässiger Weise aufgespalten²⁾. Endlich blieben einseitige Rechtsgeschäfte wie Kündigung, Aufrechnung, Anfechtung usw. in der Schwebe; damit würde das Interesse Außenstehender an einem klaren Rechtszustand in bedenklicher Weise beeinträchtigt.

Der Meinung Godin-Wilhelms ist daher nicht zu folgen.

Für uns stellt sich jetzt lediglich die Frage: Gibt es aktienrechtliche Grundsätze und einzelne Vorschriften, die einer erweiterten Vertretungsmacht des Vorstandes entgegenstehen und lassen sich einschränkende Gesichtspunkte für den Umfang der Vertretungsmacht aufzeigen? Ballerstedt bemerkte einmal³⁾, die Ansicht von der Vertretungsbefugnis auch für wirtschaftlich notwendige Geschäfte löse sich vom AktG. Wäre dies richtig, dann dürfte man nach dem Grundgedanken des § 23 V eine solche Auffassung im Aktienrecht nicht beibehalten.

1) Vgl. Barz, in Großk. AktG, § 41 Anm. 12

2) Vgl. Büttner, S. 147

3) Ballerstedt, ZHR 127, 101; gleichwohl billigt er die Auffassung im Ergebnis.

(1) Der allgemeine Grundsatz der Kapitalerhaltung (Unversehrtheit des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung, Vorbelastungsverbot)¹⁾ steht nicht entgegen. In seiner Allgemeinheit ist er ein unerreichbares Ideal: Sondervorteile, Gründungsaufwand und Sachübernahmen können das Grundkapital beliebig mindern; Wertänderungen eingebrachter Sacheinlagen können das Kapital schmälern; von den Bareinlagen werden Steuern und Gebühren bezahlt; ferner müssen sich die Bareinlagen lediglich im Anmeldezeitpunkt in der "freien Verfügung" des Vorstandes befinden, dagegen nicht im Eintragungszeitpunkt (§ 36 II)²⁾. Schließlich soll ja die Geschäftstätigkeit des Vorstandes gerade der Kapitalerhaltung dienen; denn würde das Handelsunternehmen ruhen, so würde sich mit Sicherheit der Wert des Handelsgeschäfts vermindern³⁾.

(2) Es besteht auch kein allgemeiner Publizitätsgrundsatz, wonach die Belastung der AG mit Verbindlichkeiten im Zeitpunkt ihrer Eintragung aus der Satzung ersichtlich sein müsse⁴⁾. Einem solchen Grundsatz stünde § 41 II entgegen: Die AG kann in beliebigem Umfang Verpflichtungen übernehmen und damit das Grundkapital belasten, ohne daß dies für Außenstehende ersichtlich wird.

(3) Damit könnte der Einwurf entstehen: Wenn die Belastungen nicht ersichtlich sind, dann könnten nach der Eintragung die Gläubiger auf eine ausgehöhlte AG treffen und sie würden in erheblichem Maße gefährdet.

Auch dies wäre nicht richtig. Denn: Schon im Gründungsstadium und erst recht ab der Eintragung sind Vorstand und Aufsichtsrat in besonderer Weise für die Liquidität der AG verantwortlich, vgl. §§ 48 S. 2, 93, 116 und §§ 92, 93, 116, vor allem

1) Vgl. Ulmer, S. 59; Wiedemann, JurA 1970, 446 ff.

2) Vgl. auch Dilcher, JuS 1966, 93 f.

3) Vgl. Kraft, in Kölner Komm., § 41 Anm. 49
Barz, in GroBk. AktG, § 41 Anm. 12

4) Andeutung eines solchen Grundsatzes bei
Barz, aaO., § 41 Anm. 11

bei Zahlungsunfähigkeit und bei Überschuldung (§§ 92, 93 II, III Nr. 6). Sie sind in erster Linie der AG gegenüber Schadensersatzpflichtig; sie können aber auch von den Gläubigern nach § 93 V in Anspruch genommen werden, sofern sie von der AG keine Befriedigung erlangen können. Neben diesen Bestimmungen kommen auch die allgemeinen Haftungsgründe aus dem Deliktsrecht in Betracht.

Der Gesichtspunkt der Gläubigergefährdung scheidet damit aus.

(4) Ein besonderes Problem bietet die Frage: Steht die laufende Geschäftstätigkeit nicht im Widerspruch zu den Sachübernahmebestimmungen nach §§ 27, 41 III, wenn im Rahmen des Geschäftsbetriebs Vermögensgegenstände erworben werden müssen? Ist der Vermögenserwerb durch den Vorstand - nach Errichtung der AG - nicht eine "Sachübernahme"?

Die h.M.¹⁾ erklärt "Sachübernahmen" mit Recht als vor der Satzungsfeststellung zustandgekommene Verträge zwischen den Gründern und einem Mitgründer oder einem Dritten.

Verträge, die n a c h der Satzungsfeststellung von dem V o r s t a n d ausgehen, sind demnach keine "Sachübernahmen".

Die Richtigkeit dieser Auffassung läßt das Gesetz in § 52 X erkennen; denn es setzt in dieser Bestimmung voraus, daß Sachübernahmen nach § 27 von den Gründern vereinbart worden sein müssen. Weiterhin wäre die Gründerhaftung für "Sachübernahmen" nach § 46 I, II sachlich nicht zu rechtfertigen, wenn auch der Vermögenserwerb durch den Vorstand mit einbezogen würde. Denn die Gründer haben auf den Vorstand keine rechtliche Einwirkungsmöglichkeit und außerdem hat das Gesetz für den Vorstand eine besondere - über die Gründerhaftung hinausgehende - Verantwortlichkeit in § 48 S. 2 angeordnet.

Schließlich wäre die Fortführung eines eingebrachten Unter-

1) B.-Hueck, § 27 Anm. 9; Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 2
Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 71
a.A.: Sengemann, Diss. S. 65-68

nehmens erschwert, weil nur Verkäufe, aber keine Ankäufe möglich wären. Selbst die Nachgründungsbestimmung in § 52 - sie soll die Umgehung von Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften verhindern - nimmt in § 52 IX denjenigen Vermögenserwerb von § 52 aus, der den Gegenstand des Unternehmens bildet¹⁾.

Wir können demnach feststellen: Der Erwerb von Vermögensgegenständen bei Fortführung eines eingebrachten Handelsgeschäfts verstößt nicht gegen die Sachübernahmebestimmungen (§§ 27, 41 III).

(5) Die automatische Verpflichtung der AG durch die Geschäftstätigkeit des Vorstandes vor der Eintragung verstößt auch nicht gegen die Vorschrift des § 41 II: Eine Anwendung des § 41 II würde - das haben wir schon oben gezeigt - zu sinnwidrigen Ergebnissen führen. § 41 II dient nur der erleichterten Schuldenbefreiung für bestimmte Personen und besagt nichts darüber, ob und in welchem Umfang die AG mit Verpflichtungen belastet wird²⁾.

Bei der Diskussion um § 41 II müssen wir noch folgendes beachten: Die Vorschrift wurde 1937 als § 34 II erstmals und ohne amtliche Begründung in das Aktienrecht eingeführt. Bei der Gesetzesabfassung entsprach es der einhelligen Meinung, bei der Überleitung eines Handelsunternehmens in eine zu gründende AG trete die AG in alle Rechte und Pflichten ein; die Grundlage dafür bot die Vereinbarung der Gründer in der Satzung, das Unternehmen werde für Rechnung der AG betrieben; des weiteren erörterte man nur das Problem der "Wertschwankungen"³⁾; ein Betreiben des Handelsgeschäfts "im Namen der AG" behandelte man nicht, wenngleich man andererseits auch sagte, das Handelsgeschäft könne bereits in Erfüllung der

1) Darauf weisen besonders hin: Godin, AcP 147, 26/35 f. Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 2

Barz, in Großk. AktG, § 41 Anm. 28 (Analogie zu § 52 Abs. 9); Kraft, in Kölner Komm., § 41 Anm. 60

2) Vgl. auch Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 193 f.

3) Vgl. Bing, in Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 31 f. Staub-Pinner, § 186 Anm. 21

Einlagepflicht in die Vorgesellschaft eingebracht werden¹⁾; Rechtsprobleme im Zusammenhang mit § 200 I HGB (= 34 I AktG 1937, 41 I AktG 1965) standen nicht zur Debatte. Deshalb konnte der Gesetzgeber mit der Einführung des § 34 II, III AktG 1937 für die Überleitung eines Handelsunternehmens in eine zu gründende AG auch nichts ändern wollen. Die ungenauen Vorstellungen über das "Für-Rechnung-führen" haben sich erst später präzisiert; jetzt ging man mit Recht davon aus. Wenn das Handelsgeschäft vom bisherigen Inhaber in die Vorgesellschaft übergeleitet worden ist, erfolge die weitere Geschäftstätigkeit im Namen der AG²⁾.

Deshalb können wir festhalten: Der Gesetzgeber konnte und wollte die Überleitung eines Handelsunternehmens in eine zu gründende AG durch die §§ 34 II, III AktG 1937 = 41 II, III AktG 1965 nicht erschweren; insbesondere entspricht es nicht der gesetzgeberischen Vorstellung, daß die Verbindlichkeiten des Handelsgeschäfts durch eine "Schuldübernahme" gemäß § 41 II übernommen werden sollen.

Als weiterer Einwand gegen § 41 II läßt sich der Rechtsgedanke von §§ 25 HGB und 419 BGB analog heranziehen³⁾: Wenn schon bei zwei verschiedenen, einander gegenüberstehenden Rechtssubjekten eine Haftung des übernehmenden Subjekts für die Schulden des Veräußerers möglich ist, muß dies erst recht im Verhältnis von Vor-AG zu eingetragener AG gelten. Denn es liegt zum einen - wie in § 25 HGB - eine Kontinuität der Firmenbenutzung vor. Zum anderen besteht - ähnlich dem § 419 BGB - eine Kontinuität hinsichtlich des gesamten Aktivvermögens, auf das die früheren Gläubiger vertraut haben. § 41 II steht damit ebenfalls der Begründung von Verpflichtungen im Gründungsstadium nicht entgegen.

1) Hachenburg, in Düringer-Hachenburg, § 200 Anm. 18

2) Vgl. schon Boesebeck, SozPr 1939, 608
Fischer, in Großk. AktG (2. Aufl.), § 34 Anm. 11-13

3) Auf § 419 verweist auch Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 189

Wir können damit festhalten: Aktienrechtliche Grundsätze oder einzelne Vorschriften stehen einer umfassenden Vertretungsmacht des Vorstandes, die zu einer automatischen Berechtigung und Verpflichtung der AG führen, nicht entgegen.

Abschließend bleibt die Frage, ob und inwieweit eine solche weite Vertretungsmacht eingeschränkt werden kann.

Fischer und Barz¹⁾ gehen von einer Beschränkung auf "wirtschaftlich unumgänglich notwendige Rechtsgeschäfte" aus.

Diese Formulierung klingt zunächst ansprechend, ist aber viel zu unbestimmt und läßt die Interessen Außenstehender unberücksichtigt. Man müßte fragen, ob die "wirtschaftliche Notwendigkeit" vom Standpunkt des Aufsichtsrates, Vorstandes oder sonstiger Personen her zu beurteilen ist. Weiterhin müßte man wissen, ob sich die "wirtschaftliche Notwendigkeit" nach dem Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses oder einem späteren Zeitpunkt beurteilen soll.

Nach dem AktG soll es doch vielmehr so sein: Der Vorstand soll ein alleiniges Handlungsermessen haben und hierbei die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anwenden, §§ 48 S. 2, 93 I 1. Verletzt der Vorstand diese Pflicht, so ist er im Innenverhältnis der AG gegenüber schadensersatzpflichtig, §§ 48 S. 2, 93 II; im Außenverhältnis sind dagegen solche Geschäfte wirksam, sonst könnte der AG ja kein Schadensersatzanspruch zustehen. Für Außenstehende, die keinen Einblick in die wirtschaftlichen Notwendigkeiten der Geschäftstätigkeit hätten, wäre unerkennbar, ob das Geschäft nun gilt oder nicht. Bei Ausübung handelsgewerblicher Tätigkeit würde eine solche Unbestimmtheit der gesetzgeberischen Wertung in §§ 82 AktG, 37 II GmbHG, 126 II HGB entgegenstehen.

Eine Einschränkung der Vertretungsmacht auf wirtschaftlich unumgänglich notwendige Geschäfte ist daher nicht möglich; eine solche Einschränkung kann nur für das Innenverhältnis von Bedeutung sein.

1) Barz, in Großk. AktG (3. Aufl.), § 41 Anm. 13
Fischer, in Großk. AktG (2. Aufl.), § 34 Anm. 13
vgl. auch Ludewig, LZ 1933, Sp. 419

Das Gesetz bietet lediglich folgende Anhaltspunkte zu einer Einschränkung im Einzelfall:

Die Vertretungsmacht des Vorstandes kann im Gründungsstadium nicht weiter gehen als unmittelbar nach der Eintragung; damit wird die Vorschrift des § 52 mit einbezogen.

Weiterhin kann der Vorstand keine weiteren Sondervorteile oder Gründungsbelohnungen einräumen, die nicht in der Satzung festgesetzt sind, arg. §§ 41 III, 26; ebenso darf § 27 nicht umgangen werden, indem von Gründern bestimmte Gegenstände übernommen werden sollen; im übrigen setzt § 52 I, IX dem Vermögenserwerb eine Schranke.

Sonstige Einschränkungen lassen sich aus dem Gesetz nicht herleiten. Möglich sind daher auch die Erteilung handelsrechtlicher Vollmachten nach §§ 48 ff. HGB¹⁾.

Wir können damit abschließend festhalten:

Bei Einbringung eines Handelsgeschäfts in die Vor-AG entspricht die Vertretungsmacht des Vorstandes dem § 82 AktG. Eingeschränkt wird die Handlungsbefugnis des Vorstandes lediglich aus dem Umgehungsgesichtspunkt von §§ 26, 27, 52. Der Erwerb von Vermögensgegenständen für das weiterzuführende Unternehmen fällt nicht unter § 27.

4. Haftungsverhältnisse

a) Allgemeines

Als Träger von Rechten und Pflichten ist die "gesamthänderische Verbundenheit der Gesellschafter" anzusehen, solange die Vorgesellschaft besteht. An dieser Stelle ist nun die Frage zu prüfen, wer für die Verbindlichkeiten "haften" muß; dabei hat man mit Larenz die Haftung als "das Unterworfen-

1) Vgl. oben S. 113 Fn.2

Das Gesetz verlangt nicht, daß bei Erteilung handelsrechtlicher Vollmachten der "Kaufmann" bereits im Handelsregister eingetragen ist.

Dies übersieht Schnorr von Carolsfeld, DNotZ 1963, S. 410 Anm. 29

sein des Vermögens unter den Zugriff des Gläubigers" zu verstehen¹⁾.

Verbindlichkeiten können sich aus rechtsgeschäftlichem Verhalten und aus gesetzlichen Gründen (z.B. Bereicherungs- und Deliktsrecht; Geschäftsführung ohne Auftrag) ergeben. Bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts kann man zusätzlich die Schulden nach dem Entstehungszeitpunkt unterscheiden, denn es kann sich um Schulden handeln, die erst nach der Überleitung des Handelsgeschäfts auf die Vor-AG entstanden sind ("Neuschulden") oder um Verbindlichkeiten, mit denen das Handelsgeschäft bei der Überleitung bereits belastet war ("Altschulden"): Die Altschulden können aufgrund der Sacheinlagevereinbarung zu übernehmen sein; neben der vertraglichen Übernahme kommen auch gesetzliche Haftungsgründe für den Geschäftserwerber in Betracht: §§ 419 BGB, 25 I 1 HGB, 116 AO und aus dem arbeitsrechtlichen Gesichtspunkt der "Betriebsnachfolge".

In allen diesen Fällen wird es fraglich, wen der Gläubiger in Anspruch nehmen kann, wer ihm "haftet"²⁾: Es ist hierbei an die einzelnen "Gesellschafter" der Vor-AG zu denken (b), an die "Gesellschaft" als Ganzes (c) und an die handelnden Organe (d).

b) Haftung der Gesellschafter

aa) In Rechtsprechung und Lehre geht man durchweg von einer "Haftung" der Gesellschafter aus. Dabei ist es einer von mehreren Streitpunkten, ob die Gesellschafter "unbe-

1) Larenz, Schuldrecht AT, S. 19

vgl. auch Esser, Schuldrecht AT, S. 44 ff.

2) Für Altschulden haftet selbstverständlich der frühere Geschäftsinhaber, es sei denn es wäre eine befreiende Schuldübernahme gemäß §§ 414, 415 BGB erfolgt; im Rahmen dieser Untersuchung interessieren lediglich die Haftungsverhältnisse bei der "Vor-AG".

schränkt" ¹⁾ oder "beschränkt" ²⁾ haften. Häufig spielen bei diesen Erörterungen nur die rechtsgeschäftlich begründeten Neuschulden eine Rolle; daher glaubt man teilweise bei den einzelnen Haftungsgründen unterscheiden zu müssen, ob "im Namen der Vor-AG" oder "im Namen der zukünftigen AG" gehandelt worden ist; andere folgen dieser Unterscheidung nicht ³⁾. Als Haftungsgründe für die "unbeschränkte" Haftung nennen einige den § 41 I 2: Die Gesellschafter sollen dann als Handelnde gemäß § 41 I 2 anzusehen sein, wenn sie der Eröffnung des Geschäftsbetriebs allgemein zugestimmt haben ⁴⁾; der BGH hat diese Ausdehnung der Handlungshaftung mittlerweile aufgegeben ⁵⁾. Als sonstige Anspruchsgrundlagen erörtert man §§ 427, 431 BGB ⁶⁾ und den § 128 HGB ⁷⁾; das OLG Saarbrücken hat bei der unbeschränkten Haftung für die Altschulden auf § 25 I 1 HGB abgestellt ⁸⁾.

Die "beschränkte" Haftung begründet man häufig mit der entsprechenden Interessenlage wie beim nicht rechtsfähigen Ver-

-
- 1) BGH, LM Nr. 2 zu § 34 AktG; anders in BGHZ 15, 204/206 Flume, S. 33-35; Kuhn, WM 1956/V, S. 13 ff. Müller-Erzbach, HR, S. 258; ders., Mitgliedschaft, S. 189 f. Wiedemann, Jura 1970, 457; Dilcher, JuS 1966, 94 und Ganßmüller, GmbH-Rdsch 1953, 116 f. nur für vollkaufmännische Tätigkeit
 - 2) Dregger, GmbH-Rdsch 1952, 186 f. Feine, S. 206; Fischer, Rud., S. 110 Fischer, Anm. zu LM Nr. 5 zu § 11 GmbHG Kraft, in Kölner Komm., § 41 Anm. 21 Lieb, DB 1970, S. 967
 - 3) Vgl. oben die Ausführungen zur Firma, 2. Teil A III 2
 - 4) RGZ 55, 302/303; 70, 296/300 BGH, LM Nr. 6 zu § 11 GmbHG (4. Senat) Riedel-Rabe, NJW 1966, 1004 und NJW 1968, 873 Reinecke, AG 1962, 69 f.
 - 5) BGHZ 47, 25/29 (2. Senat)
 - 6) BGH, LM Nr. 2 zu § 34 AktG Flume, S. 33-35; Wiedemann, Jura 1970, S. 457 Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 189 f.
 - 7) B.-Hueck, AktG § 29 Anm. 6; Dilcher, JuS 1966, 94 Ganßmüller, GmbH-Rdsch. 1953, 116 f. Schultze-von Lasaulx, in Soergel-Siebert, vor § 705 Anm. 86 sowie alle, die in der Vorgesellschaft eine OHG sehen: z.B. Haberkorn, MDR 1962, 1411; Merkert, BB 1951, 322; Winden, DB 1952, 840
 - 8) OLG Saarbrücken, JZ 1952, 35

ein. Zur Haftungsbeschränkung lassen sich noch Unterscheidungen vornehmen, die im Schrifttum aber nicht immer klar ausgedrückt werden: Es kann eine "beschränkte Außenhaftung" gemeint sein, also eine unmittelbare Haftung gegenüber Außenstehenden, wie z.B. im Recht der KG; es kann aber auch an eine "beschränkte Innenhaftung" gedacht sein, indem der Gesellschafter nur gegenüber der AG in Höhe seiner Einlage haftet und insoweit für die Außenstehenden eine Haftungsmasse zur Verfügung stellt¹⁾.

Wie schon erwähnt, hat man bei diesen Stellungnahmen häufig nur die rechtsgeschäftlich begründeten Neuschulden im Auge: Inwieweit die Gesellschafter bei gesetzlichen Verbindlichkeiten bzw. bei Altschulden haften, wird daher nicht ausgesprochen²⁾: Wer von § 128 HGB ausgeht, muß folgerichtig zur Haftung für solche Verbindlichkeiten kommen; stellt man auf die §§ 427, 431 BGB ab, so ist dies nicht möglich. Das OLG Saarbrücken hat die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter für Altschulden auf § 25 I 1 HGB gestützt³⁾; das RG hat es dagegen abgelehnt, schon aus der Zugehörigkeit zur "Gründergesellschaft" eine Haftung nach § 25 I 1 HGB für Schulden eines einzubringenden Handelsgeschäfts anzunehmen⁴⁾.

-
- 1) Von einer beschränkten "Außenhaftung" geht Lieb, DB 1970, S. 967 aus (Rechtslage wie beim Kommanditisten). Die sonstigen Anhänger der beschränkten Haftung meinen vermutlich die beschränkte "Innenhaftung".
 - 2) Auf Altschulden gehen z.B. ein: Dregger, S. 83 f. Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 34, § 27 Anm. 39 RGZ 143, 368/372 f.; OLG Saarbrücken, JZ 1952, 35
 - 3) OLG Saarbrücken, JZ 1952, 35
 - 4) RGZ 143, 368/372 f.
Das RG ging in seinen Urteilsgründen davon aus, ein Bedürfnis für eine solche Haftung bestehe u.a. deshalb nicht, weil sich das Handelsgeschäft samt Vermögen noch bei dem Sacheinleger befände und noch nicht auf die "Gesellschaft" übergegangen sei. - Dieser Ausgangspunkt des RG ist insofern unzutreffend, als Handelsgeschäfte bereits dinglich auf die Vor-AG übertragen werden können; man könnte hypothetisch fragen, wie das RG entschieden haben würde, wenn es diese Unterscheidung beachtet hätte.

bb) Bei der Stellungnahme zu den haftungsrechtlichen Verhältnissen der Gesellschafter sei folgendes vorausgeschickt: Da wir davon ausgegangen sind, daß für die "AG in ihrem jeweiligen Entwicklungsstadium" gehandelt wird¹⁾, brauchen die Unterscheidungen von Handeln "im Namen der Vor-AG" und der "zukünftigen AG" für die rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeiten nicht mehr berücksichtigt zu werden. Hier interessiert, ob die Gesellschafter unmittelbar gegenüber den Gläubigern für jede mögliche Verbindlichkeit - unbeschränkt oder beschränkt - haften.

Grundsätzlich können auch Gesellschafter unter die Haftungsvorschrift nach § 41 I 2 fallen, denn der Wortlaut läßt eine Beschränkung auf bestimmte Personen nicht erkennen. Wäre § 41 I 2 jedoch bereits mit der allgemeinen Zustimmung zur Eröffnung des Geschäftsbetriebs erfüllt, so müßte im Aktienrecht die Vereinbarung der Gründer in der Satzung genügen, das einzubringende Handelsgeschäft werde nach Errichtung der AG durch den Vorstand weitergeführt. Denn außer den Festlegungen in der Satzung haben die Gründer keine unmittelbaren rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten auf den Vorstand, weil der Vorstand vom Aufsichtsrat bestellt und überwacht wird (§§ 84, 111). Würde aber schon die genannte Satzungsvereinbarung für § 41 I 2 ausreichen, so ginge dies weit über den Wortsinn hinaus: Denn nach § 41 I 2 genügt nicht ein "Handeln vor Eintragung", sondern notwendig ist ein "Handeln im Namen der AG"²⁾; ein Handeln im Namen der AG scheidet aber bei der Satzungsfeststellung aus.

Hinzu kommt folgendes: Wenngleich für die Haftungsvorschrift des § 41 I 2 nicht nur ein "unmittelbares" Tätigwerden erforderlich ist, sondern auch das "Veranlassen" für die Handlungen eines anderen genügt³⁾, so kann die genannte Satzungs-

1) Vgl. oben die Ausführungen zur "Firma", 2. Teil, A III 2. Denkbar ist noch, daß unter der Bedingung der Handelsregistereintragung gehandelt wird.

2) Vgl. BGHZ 47, 25/29

3) Vgl. dazu BGHZ 53, 206 = NJW 1970, 1043
vgl. aber auch BGHZ 53, 210 = NJW 1970, 806

vereinbarung für eine Handlungshaftung nicht ausreichen. Denn den Gründern fehlt jede rechtliche Einwirkungsmöglichkeit auf den Vorstand, die Vorstandsmitglieder werden vom Aufsichtsrat bestellt und überwacht; daher könnten die Gründer den weiteren Ursachenablauf nicht mehr unterbrechen.

Eine Haftung nach § 41 I 2 kann deshalb aufgrund der Satzungsbestimmungen für die Gründer nicht in Betracht kommen.

Abzulehnen ist die unbeschränkte Haftung auch aus anderen Gesichtspunkten. Als Argument kann man sich wohl nicht auf die Umkehrung eines Satzes von Müller-Erzbach berufen, wonach zwischen Herrschaft und Haftung ein Gleichlauf bestehe¹⁾; die Umkehrung würde lauten: wo keine Herrschaft besteht, ist eine Haftung unzumutbar²⁾. Denn bei der These Müller-Erzbachs handelt es sich um ein Leitprinzip, das einer vielfältigen Differenzierung zugänglich ist³⁾, entsprechende Vorsicht ist bei dem Umkehrschluß geboten: So können etwa im OHG-Recht Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sein und dennoch haften sie unbeschränkt, vgl. §§ 114 II, 125 I HGB. Weiterhin kennt das Genossenschaftsrecht eine Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht der einzelnen Genossen (§ 2 Nr. 1 GenG), Geschäftsführung und Vertretung gehen aber nicht von den Genossen, sondern von dem Vorstand aus, § 24 GenG. Umgekehrt können im GmbH-Recht die Gesellschafter auf die Geschäftsführer im Innenverhältnis einen erheblichen Einfluß ausüben (§ 37 II GmbHG) und dennoch haften die Gesellschafter nur mit ihrer Einlage. Auf den von Müller-Erzbach behaupteten Rechtsgrundsatz braucht man daher nicht abzustellen, vielmehr ist folgendes zugrunde zu legen:

1) Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 114 ff.

2) So etwa Dregger, S. 79; Ganßmüller, DB 1955, 715

3) Vgl. Lieb, DB 1970, 965

(1) Die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter im Gründungsstadium würde die Gläubiger der Vor-AG gegenüber den späteren Gläubigern in ungerechtfertigter Weise bevorzugen. Denn die Gläubiger könnten sich wenigstens an fünf (= Mindestzahl der Gründer) private Haftungsmassen halten, den späteren Gläubigern steht dagegen nur das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung. Eine solche erweiterte Haftungsgrundlage hat der Vorstand bei seiner Geschäftstätigkeit aber nicht verlautbart, die Gläubiger durften und konnten daher nicht mehr haftendes Vermögen erwarten als bei einer AG: Denn der Vorstand hat die Gesellschaftsfirma nach § 4 AktG benutzt und dadurch den Außenstehenden nur die Haftungsgrundlage der AG zu erkennen gegeben.

Folgendes kommt noch hinzu: Während der Vorstand für die "AG in ihrem jeweiligen Entwicklungsstadium" tätig wird, kann die AG in das Handelsregister eingetragen werden; die Eintragung wird meistens erst nachträglich bekannt, vgl. § 130 II FGG: Wieso man bei gleichem Auftreten des Vorstandes - vor und nach der Eintragung - für die Haftung der Gesellschafter Unterschiede machen wollte, bliebe unerfindlich.

Diesen Gesichtspunkten steht die unbeschränkte Kommanditistenhaftung nach § 176 HGB nicht entgegen. Die Interessenlage ist dort anders: Im Recht der Personenhandelsgesellschaften erwarten die Gläubiger eine unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter; dieses Vertrauen kann nur durch eine entsprechende Handelsregistereintragung (§ 15 I HGB) oder durch die Kenntnis des Außenstehenden beseitigt werden (§ 176 HGB). Nimmt die KG vor der Handelsregistereintragung den Geschäftsbetrieb auf, so gibt man durch die Benutzung der gemeinschaftlichen Firma gemäß § 19 HGB eine erhöhte Haftungsgrundlage zu erkennen und ruft daher beim Gläubiger ein gesteigertes Vertrauen hervor. Weiterhin soll dem Gläubiger die Nachprüfung erspart bleiben, w e r von den Gesellschaftern der KG beschränkt haftet. Nach der gesetzlichen Wertung in § 176 HGB darf der Außenstehende - selbst

bei dem Firmenzusatz "KG" - auf die unbeschränkte Haftung eines jeden Gesellschafters vertrauen.

Anders ist die Lage dagegen bei der AG: Hier wird von vornherein bei dem Gläubiger kein entsprechendes Vertrauen erweckt; deshalb muß ja die Firma die Bezeichnung "Aktiengesellschaft" enthalten: Wer sich mit einer werdenden AG einläßt, kann nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie er bei einer OHG stünde.

(2) Die unbeschränkte Haftung der Gründer wird durch das Gesetz in § 54 I, II widerlegt: Jeder Gründer kann darauf vertrauen, nur eine bestimmte Einlage machen zu müssen. Diese gegenständliche Begrenzung der Leistungspflicht bildet einen Hauptgrundsatz des Aktienrechts¹⁾; gegen diese gesetzgeberische Grundsatzwertung würde verstoßen, müßten Bar- oder Sacheinleger über ihre Pflichten hinaus zusätzliche Zahlungen bewirken.

Dieser Überlegung steht die unbeschränkte Kommanditistenhaftung in § 176 HGB ebenfalls nicht entgegen. Denn es liegt beim Kommanditisten, ob er unbeschränkt haften muß oder nicht: Nach § 176 HGB haftet er nur dann unbeschränkt, wenn er vor der Handelsregistereintragung "zugestimmt" hat, daß von der KG geschäftliche Tätigkeit entfaltet wird (§ 176 I 1, II HGB). Hat der Kommanditist aber "zugestimmt", dann läßt ihn das Gesetz über die Folgen seiner Zustimmung nicht im unklaren.

Eine ähnliche Unterscheidung wie in § 176 HGB hat der Gesetzgeber jedoch nicht in das Aktienrecht übernommen. Hier kennt das Gesetz nur eine Haftung nach § 41 I 2 AktG; die "Zustimmung" der Gründer zur Eröffnung des Geschäftsbetriebs durch die werdende AG ist - wie wir vorher sahen - jedenfalls kein "Handeln" nach § 41 I 2. Außerdem darf man nicht vergessen, daß der Kommanditist der Geschäftstätigkeit

1) Diesen Grundsatz hat man auch als "magna charta" des Aktienrechts bezeichnet, vgl. K. Lehmann, Bd. 1, S. 290

seiner Gesellschaft näher steht als der Aktionär; insofern besteht auch eine völlig anders geartete Interessenlage¹⁾.

(3) Die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter würde dem Zweck der Gesellschaftsgründung entgegenstehen. Denn die Rechtsform der AG wurde auch deshalb gewählt, um für alle Beteiligten eine Risikobeschränkung zu schaffen. Eine folgerichtige Durchführung der unbeschränkten Haftung würde nicht nur zur Haftung für die rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeiten führen, sondern auch eine Haftung für gesetzlich entstehende Verpflichtungen der werdenden AG einschließen. Man stelle sich nur einmal vor, bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts seien sämtliche Verbindlichkeiten zu übernehmen oder gingen aus gesetzlichen Gründen über (§§ 419 BGB, 25 I 1 HGB, 116 AO), insbesondere bei Sanierungsgründungen: Dies könnte für die Gründer unübersehbare Belastungen mitbringen und sie finanziell gefährden. Ein so sinnwidriges Ergebnis der Gesellschaftsgründung kann niemand ernsthaft wollen.

In diesem Zusammenhang sei noch auf folgendes hingewiesen: Die angeblichen Interessen des Publikums an einer unbeschränkten Haftung werden von deren Befürwortern nicht allzu ernst genommen und man gebraucht diesen Interessensichtpunkt recht willkürlich: Dies zeigen die Ausführungen über das Schicksal der unbeschränkten Haftung nach der Handelsregistereintragung. Denn man geht davon aus, daß die unbeschränkte Haftung der Gründer wegfällt und von diesem Zeitpunkt ab das Vermögen der AG haftet²⁾. Dadurch ergibt sich aber nichts anderes als eine Haftungsverengung: Während ursprünglich mindestens fünf private Haftungsmassen zur Verfügung standen, bleibt jetzt nur noch das Gesellschaftsver-

1) Vgl. für den Kommanditisten §§ 164 S. 1, 116 III, 166 HGB

2) Dilcher, JuS 1966, 94; Flume, S. 43
Wiedemann, Jura 1970, 456 f.: die unbeschränkte Haftung sei "normativ auflösend bedingt" durch die Eintragung.
Gegen Fortfall der Haftung:
Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 189 f.

mögen. Es ist nicht einzusehen, warum nicht von Anfang an die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt sein kann. Die Begründung für die unbeschränkte Haftung sämtlicher Gründer vor der Eintragung und die Haftungsverengung nach der Eintragung lassen sich nicht miteinander vereinbaren.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis:

Eine unbeschränkte Haftung der Gründer besteht vor der Eintragung nicht. - Es wäre aber ein voreiliger Schluß, nun auf die beschränkte Haftung zu schließen. Denn die Ansicht von der "beschränkten" Haftung läßt sich verschieden auslegen. Es könnte damit gemeint sein: Der einzelne Gründer haftet Außenstehenden unmittelbar, beschränkt auf den Umfang seiner Einlage. Oder: Der einzelne Gründer haftet lediglich nach innen (der AG gegenüber), beschränkt auf seine Einlage und könnte daher von Außenstehenden nicht unmittelbar in Anspruch genommen werden.

Hier ist zu prüfen, ob für den Gründer eine beschränkte Außenhaftung besteht¹⁾.

Bedenklich bliebe bei einer so beschränkten Außenhaftung, wie man sie dogmatisch einwandfrei begründen wollte. Schwer verständlich wäre eine "beschränkte Vertretungsmacht" des handelnden Vorstandes. Man müßte hierbei mit Willensfiktionen und stillschweigenden Willenserklärungen arbeiten. Wie sollten aber rechtsgeschäftliche Erklärungen im Einzelfall beschaffen sein, wenn ein Gründer seine Einlagepflicht bereits erfüllt hat oder er von einem Außenstehenden mittlerweile in Höhe seiner Einlage in Anspruch genommen worden ist: Konsequenterweise müßte von diesem Zeitpunkt ab für den betreffenden Gründer insoweit überhaupt keine Vertretungsmacht mehr bestehen.

Eine so eingeschränkte Vertretungsmacht wäre für einen Außenstehenden nicht erkennbar und käme andererseits in Kon-

1) Eine beschränkte Außenhaftung meint z.B.
Lieb, DB 1970, 967

flikt mit der unbeschränkten Vertretungsmacht des Vorstandes bei der Fortführung des Handelsgeschäfts.

Der Gesichtspunkt der "beschränkten Vertretungsmacht" könnte schließlich eine Haftungsbeschränkung bei gesetzlich entstehenden Verbindlichkeiten nicht begründen (Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 812 ff. BGB, §§ 823 ff. BGB, §§ 419 BGB, 25 HGB).

Unbefriedigend erscheint eine beschränkte Außenhaftung weiterhin aus folgender Überlegung: Die "Haftung" der Gründer würde auf ein Gesamtschuldverhältnis (§§ 421 ff. BGB) zurückzuführen sein. Dabei könnten nicht nur Zahlungsverpflichtungen, sondern auch sonstige Leistungsverpflichtungen in Betracht kommen. Angenommen, der Vorstand habe im Rahmen des weiterzuführenden Geschäftsbetriebs Gegenstände verkauft (§ 433 I BGB) oder die Herstellung eines Werkes versprochen (§§ 631 I, 651 I BGB): Nach § 421 BGB könnte der Gläubiger nach seinem Belieben von jedem der Schuldner die Leistung ganz oder zum Teil fordern. Wie sollte dies aber möglich sein, wenn sich die Produktionsmittel und die Lagerbestände des Handelsunternehmens nicht in der Verfügungsgewalt der einzelnen Gründer, sondern des Vorstandes befinden? Bei unteilbaren Leistungen kann der Gläubiger - im Gegensatz zu teilbaren Leistungen - die geschuldete Leistung nicht auf verschiedene Gesamtschuldner aufteilen; damit könnte bei unteilbaren Leistungen wieder eine - über den Einlagebetrag hinausreichende - erweiterte Haftung eingeführt werden.

Unklar erscheint auch, in welchem Verhältnis eine beschränkte Außenhaftung zu den Einlagepflichten der Gründer stehen müßte! Nach den Ausführungen bei Lieb¹⁾ erlischt die Haftung nach Leistung der Einlage. Wie ist aber die Rechtslage vor der Einlageleistung? Müßten Sacheinleger auch für Zahlungsverpflichtungen aufkommen? Und würden sie dann von ihrer Einlagepflicht frei? Ein solches Ergebnis wäre bedenklich. Denn gerade bei Sachgründungen kommt es entscheidend darauf

1) Lieb, DB 1970, 967

an, daß die AG die geschuldete Sacheinlage erhält; die Einbringung der Sacheinlage bildete womöglich den wirtschaftlichen Anlaß zur Gesellschaftsgründung, so z.B. bei Einbringung von Handelsgeschäften oder Patenten zur Patentverwertung; andererseits würde eine Inanspruchnahme des Sacheinlegers mit Zahlungsverpflichtungen im Widerspruch zu dem aktienrechtlichen Grundsatz nach § 54 I, II stehen, wonach ein Sacheinleger - abgesehen bei nicht gehöriger Leistung - nur den Sacheinlagegegenstand, aber keine Zahlung zu leisten braucht. Eine unmittelbare Inanspruchnahme von Bareinlegern mit Zahlungsverpflichtungen würde - sofern dies zu einer Befreiung von ihrer Bareinlagepflicht führen sollte - zu einer Umgehung von §§ 54 III, 66 I führen. Denn vor der Anmeldung der AG zum Handelsregister kann die Bareinlagepflicht nur nach § 54 III erfüllt werden; außerdem könnte der in Anspruch genommene Gründer wegen § 66 I 2 nicht mit der weiterbestehenden Einlageforderung aufrechnen.

Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis:

Eine unmittelbare, beschränkte Außenhaftung kommt im Gründungsstadium für die einzelnen Gründer nicht in Betracht. Sie würde im Widerspruch zu den Gründerinteressen und zu aktienrechtlichen Grundsätzen stehen. Andererseits können die Gläubiger auch nicht erwarten, einzelne Gründer unmittelbar in Anspruch nehmen zu dürfen, denn sie haben sich mit einer entstehenden AG eingelassen und nicht mit einer OHG oder einer KG. Für die Gründer besteht nur eine Innenhaftung. Sie sind also unmittelbar nur gegenüber der AG verpflichtet und nur auf ihre Einlageverpflichtung beschränkt.

Die Gründer können erst dann von Außenstehenden in Anspruch genommen werden, wenn die Gläubiger sich den Einlageanspruch der AG haben abtreten oder pfänden lassen.

c) Haftung der Gesellschaft

Versteht man die "beschränkte Haftung" der einzelnen Gesellschaftler als eine "Innenhaftung", so überschneidet sich dies mit der Haftung der "Gesellschaft"¹⁾; denn die Gesellschaftler stellen der "Gesellschaft" ihre Einlagen zur Verfügung, diese Einlagen ergeben sodann die Haftungsmasse. Um eine Haftung des Gesellschaftsvermögens zu begründen, bedurfte es allerdings nicht der problematischen Heranziehung der "Teilrechtsfähigkeit", wie dies bei Büttner geschehen ist; eine Analogie zu §§ 124; 161 II, 124 HGB hätte sich eher angeboten.

Damit scheint sich ein Bedenken gegen dieses Ergebnis einzustellen: Wieso können die Gründer in gesamthänderischer Verbundenheit Träger von Rechten und Pflichten sein - und damit letztlich auch "Schuldner" -, ohne unmittelbar den Gläubigern zu "haften"? Bekanntlich hat man zwischen "Schulden" und "Haften" zu unterscheiden²⁾. Den Unterschied macht auch das Recht der KG deutlich: Träger von Rechten und Pflichten sind sämtliche Gesellschaftler, auch die Kommanditisten, und dennoch "haften" die Kommanditisten nur in Höhe ihrer Einlage unmittelbar den Gläubigern, sofern die Einlage noch nicht geleistet ist, § 171 I HGB. - Im Unterschied zur KG haben wir dagegen bei der werdenden AG die unmittelbare Haftung von vornherein ausgeschlossen.

Neuerdings scheint der BGH die Verpflichtungsfähigkeit der werdenden GmbH (AG) zu bezweifeln³⁾. Er führt in einem obiter dictum aus: "Vor ihrer Entstehung kann eine GmbH nichts schulden". Dagegen hat er in einem früheren Urteil die Verpflichtungsmöglichkeit der "Gründerorganisation"

-
- 1) Von einer Haftung der "Gesellschaft" sprechen z.B. Büttner, S. 120; Dregger, S. 84; J.v.Gierke, HR, S.277; Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 34, § 27 Anm. 39
 - 2) Vgl. Larenz, Schuldrecht AT, S. 18-22
Esser, Schuldrecht AT, S. 44 ff.
 - 3) BGHZ 45, 338/343

ausdrücklich betont¹⁾. Sofern der BGH in diesen beiden Urteilen nicht verschiedene "Gesellschaften" vor der Eintragung meint²⁾, sondern er mit der h.M. die "werdende GmbH" (AG) anspricht, wäre die Aussage in dem jüngsten Urteil (BGHZ 45, 338/343) nicht haltbar.

Denn in demselben Urteil räumt der BGH der "werdenden GmbH" die Grundbuchfähigkeit ein, die in der "werdenden GmbH" zusammengeschlossenen Gründer können demnach Träger und Rechten sein. Warum dies nicht für die Kehrseite, für die Schulden, gelten soll, ist nicht einzusehen.

Das Aktienrecht geht davon aus, daß die "werdende AG" Träger von Rechten und Pflichten sein kann: In § 54 III 1 wird von einem "Konto der Gesellschaft" gesprochen. In §§ 48 S. 2, 93 V 1 setzt das Gesetz eine Haftungsfähigkeit der werdenden AG voraus, denn die Gläubiger sollen die Vorstandsmitglieder erst dann in Anspruch nehmen dürfen, "so weit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können".

Hinzu kommt noch folgende Überlegung: Könnte eine AG (GmbH) nichts schulden, bevor sie eingetragen ist, so würden die früheren Geschäftsgläubiger in ungerechtfertigter Weise belastet, insbesondere beim Eingreifen gesetzlicher Haftungsgründe (§§ 25 I 1 HGB; 419 BGB; 116 AO; "Betriebsnachfolge"). Denn das Handelsgeschäft samt Vermögen ist bereits vom früheren Geschäftsinhaber auf die Vor-AG übergegangen, davon geht auch der BGH aus³⁾; die fortbestehende Haftung des früheren Inhabers kann u.U. infolge der Vermögensminderung wenig nützen: Nach Auffassung des BGH müßten die Altgläubiger warten, bis es zur Handelsregistereintragung kommt - in dem

1) BGH, LM Nr. 2 zu § 34 AktG

2) "Vorgründungsgesellschaft = Gründergesellschaft = Nebengesellschaft" einerseits,
"Vor-AG = Gründungsgesellschaft = Gründungsverein" andererseits.

Vgl. dazu: J. v. Gierke, S. 275

Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 27, § 41 Anm. 13 ff., 17 ff.

3) BGHZ 45, 338/343

Insofern besteht ein Unterschied zu RGZ 143, 368/372

vom BGH entschiedenen Fall bestand die werdende GmbH bereits ein (!) Jahr - und könnten erst dann ihre Ansprüche geltend machen. In der Zwischenzeit müßten sie es hinnehmen, wie der Vorstand im Rahmen seiner weiten Vertretungsmacht über das Geschäftsvermögen verfügt und neue Belastungen schafft; von einer umfassenden Vertretungsmacht ist der BGH ja ebenfalls ausgegangen. Erfolgte endlich die Eintragung, so müßte um das haftende Vermögen ein Wettlauf zwischen den Altgläubigern und den Gläubigern aus Geschäften der Vor-AG entstehen. Die Auffassung des BGH würde daher gegen die gesetzliche Wertung in §§ 419 BGB, 25 I 1 HGB verstoßen.

Entsprechend untragbar wären die Thesen des BGH im Arbeitsrecht: Beim Betriebsübergang bestehen die Arbeitsverhältnisse fort, sofern eine rechtsgeschäftliche Willensübereinstimmung aller Beteiligten vorliegt; die Zustimmung des Arbeitnehmers kann auch stillschweigend erfolgen, indem er die Arbeit fortsetzt¹⁾. Es sollte sich von selbst verstehen, daß die wöchentlichen Löhne nach der Einbringung des Handelsunternehmens in die Vor-AG, also nach dem Betriebsübergang, weitergezahlt werden müssen. Man muß hierbei auch den Fall berücksichtigen, daß das eingebrachte Handelsgeschäft samt Geschäftsvermögen im wesentlichen das Gesamtvermögen des Sacheinlegers bildet; die Arbeitnehmer könnten sich deshalb auch nicht mehr an den früheren Inhaber halten.

Gegen das hier vertretene Ergebnis, wonach der einzelne Gesellschafter nicht unmittelbar haftet, sondern nur die "Gesellschaft", läßt sich auch nicht nach Wiedemann einwenden: Dies laufe auf eine Vorverlegung der Rechtsfähigkeit hinaus und dabei würden die Gläubiger, insbesondere bei Ausbleiben der Eintragung, gefährdet²⁾. Denn: Das Merkmal "Rechtsfähigkeit" oder "Gesamthand" ist niemals - wie wir schon früher betont haben - kausal für bestimmte Haftungseigenschaften. Die Ausgestaltung der Haftung in den einzelnen Gesellschafts-

1) Vgl. hierzu Söllner, Arbeitsrecht, § 34 I = S. 211 m.w.N.
2) Wiedemann, Jura 1970, 457

formen beruht vielmehr auf bestimmten Zweckvorstellungen des Gesetzes.

Als Beispiel mag auch hier wieder die Kommanditistenhaftung nach § 176 HGB dienen: der Kommanditist k a n n unbeschränkt haften; die Voraussetzungen von § 176 HGB sind aber dann nicht erfüllt - und es bliebe bei der beschränkten Haftung -, wenn der Geschäftsbetrieb vor Eintragung der KG ohne Zustimmung der Kommanditisten (also eigenmächtig durch die persönlich haftenden Gesellschafter) begonnen wird. Mit "Rechtsfähigkeit", "Teilrechtsfähigkeit" oder "Gesamthand" haben die beschränkte Kommanditistenhaftung und die Unterscheidung in § 176 HGB nichts zu tun. - Da die "Rechtsfähigkeit" nicht kausal für eine bestimmte Haftungsweise sein kann, läßt sich deshalb umgekehrt auch nicht sagen, das dargelegte Ergebnis laufe auf eine "Vorverlegung der Rechtsfähigkeit" hinaus.

Die Interessen Außenstehender (zweiter Einwand Wiedemanns) haben wir schon früher eingeschränkt: Sie haben sich mit einer werdenden AG eingelassen und können deshalb nicht erwarten, so gestellt zu werden, wie sie bei einer OHG stünden. Für den Außenstehenden stellt sich in tatsächlicher Hinsicht die Lage nicht anders als bei einer KG dar, bei der die Kommanditisten ihre Einlage geleistet haben und der persönlich haftende Gesellschafter vermögenslos ist. Die weiteren Konsequenzen bei Ausbleiben der Eintragung werden wir weiter unten behandeln.

Wir können damit festhalten: Außenstehenden haftet das Gesellschaftsvermögen der werdenden AG. Diese Haftung besteht nicht nur für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten, sondern auch für alle sonstigen Schuldgründe¹⁾.

1) Die Haftung des Gesellschaftsvermögens für Altschulden wird erörtert bei:
Dregger, S. 84
Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 39

d) Haftung der handelnden Organe

Die Haftung des handelnden Vorstandes kann sich nur nach § 41 I 2 richten; unter welchen Voraussetzungen diese Haftung eingreift, darüber gehen die Meinungen weit auseinander.

Nach der einen Auffassung soll die Haftung nur eintreten, wenn im Namen der "zukünftigen AG" gehandelt worden ist, dagegen nicht beim Handeln für die werdende AG¹⁾. Andere machen entweder überhaupt keinen Unterschied oder sie stellen das Handeln im Namen der Vor-AG dem Handeln im Namen der zukünftigen AG gleich²⁾. - Dabei streitet man weiter, ob bei Verpflichtungen, die ohnehin die AG nach ihrer Eintragung treffen, die Haftung erlischt oder nicht³⁾.

Regelmäßig hat man bei der Handlungshaftung nach § 41 I 2 rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten im Auge.

Anscheinend will Dregger aber auch bei Firmenfortführung unter den Voraussetzungen des § 25 I 1 HGB die Handlungshaftung für Altschulden eingreifen lassen⁴⁾.

Neuerdings vertritt Lieb - er unterscheidet nicht zwischen Handeln im Namen der Vor-AG und der zukünftigen AG - die Ansicht: Sofern der Handelnde mit Vertretungsmacht handle und dadurch die Vorgesellschaft berechtige und verpflichte, komme eine Handlungshaftung von vornherein nicht in Betracht⁵⁾.

1) BGH, LM Nr. 2, 6 zu § 11 GmbHG; B.-Hueck, § 41 Anm. 4 f. Kraft, in Kölner Komm., § 41 Anm. 31

Schilling, in Hachenburg, § 11 Anm. 9

2) Barz, in Großk. AktG, § 41 Anm. 20; Dilcher, JuS 66, 95 J.v.Gierke, S. 284; Ulmer, S. 58 Fn. 64 Wiedemann, JurA 1970, 455, 460

3) Für Erlöschen: Barz, aaO., § 41 Anm. 26; B.-Hueck, § 41 Anm. 3, 10; Flume, S. 43 f.

Kraft, aaO., § 41 Anm. 43

Schlegelberger-Quassowski, § 34 Anm. 8

Dagegen: Büttner, S. 164; Feine, S. 205; J.v.Gierke, S. 285

Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 9 f.

Schilling, in Hachenburg, § 11 Anm. 12

4) Dregger, S. 84

5) Lieb, DB 1970, 967

Hierzu ist folgendes zu bemerken:

Nach der hier vertretenen Ansicht ist zwischen einem Handeln im Namen der Vor-AG und der zukünftigen AG kein Unterschied zu machen, denn der Name der werdenden AG unterliegt bereits der Vorschrift des § 4 AktG. Der Wortlaut des § 41 I 2 müßte damit auf jeden Fall zu einer Haftung des Vorstandes führen. - Die Frage ist aber, ob es dem Schutzzweck jener Vorschrift entspricht, den Begriff des "Handelnden" so weit auszudehnen und deshalb den Vorstand im Rahmen eines ordnungsgemäß weiterbetriebenen Handelsgeschäfts stets haften zu lassen.

Die Handlungshaftung läßt sich bis auf die preußischen Entwürfe zum ADHGB zurückverfolgen (§ 34 I 2 AktG 1937, § 200 I 2 HGB, Art. 211 ADHGB, Art. 181 preuß. Entwurf von 1857). Nach den Motiven zum preußischen HGB-Entwurf und den Nürnberger Protokollen¹⁾ sollte die Handlungshaftung vornehmlich einen vorzeitigen Geschäftsbetrieb der AG verhüten: Dadurch sollte insbesondere das Erfordernis der (vorherigen) staatlichen Genehmigung beachtet werden, die staatliche Behörde sollte nicht vor vollendete Tatsachen gesetzt werden; denn die staatliche Genehmigung bewirkte - auch zum Schutz des Publikums - eine Kontrolle über die AG.

Diese Überlegungen beeinflussten Rechtsprechung und Schrifttum auch noch, als der Konzessionszwang durch das Normativsystem ersetzt wurde. Man sprach von dem "rechtspolizeilichen" oder strafrechtlichen Charakter der Vorschrift²⁾.

Seit RGZ 159, 33/43 ist es als herrschende Meinung anzusehen, daß die Handlungshaftung dem Schutz des Geschäftsgegners dient und ihm auf jeden Fall einen Schuldner verschaffen soll; dabei läßt man sich von der Bestimmung des § 41 I 1 (bzw. § 34 I 1 AktG 1937, § 200 I 1 HGB) leiten, wonach die AG vor der Eintragung noch "nicht besteht"; daraus entnahm man, daß es vor der Handelsregistereintragung an einem Schuldner fehle; deshalb vermehrten sich im Schrifttum

1) Motive zu preuß. Entwurf (1857) S. 91 f.

Nürnberger Protokolle, S. 1449 f.

2) Vgl. RGZ 47, 1/2; 70, 296/298; 75, 203/206
Brodmann, § 200 Anm. 2b; Scholz, JW 1938, 3150 f.

zunehmend die Meinungen, wonach die Haftung des Handelnden "erlöschen" solle, sobald die AG eingetragen sei und die Verpflichtungen aus rechtlich oder wirtschaftlich notwendigen Geschäften unmittelbar die eingetragene AG treffe.

Geht man von der jetzt h.A. zum Schutzzweck des § 41 I 2 aus, dem Gläubiger auf jeden Fall einen Schuldner zu verschaffen, so ist es nach unseren früheren Ausführungen nicht mehr gerechtfertigt, den Vorstand haften zu lassen, wenn er im Rahmen seiner Vertretungsmacht die werdende AG berechtigt und verpflichtet hat: Denn Träger von Rechten und Pflichten ist die gesamthänderische Verbundenheit der Gründer; als Haftungsgrundlage dient dem Außenstehenden das Vermögen der Vor-AG¹⁾.

Außerdem sollte man folgendes nicht übersehen: Die Argumentation der h.A. befriedigt nicht. Denn wenn es der Schutzzweck des § 41 I 2 sein soll, dem Gläubiger "auf jeden Fall einen Schuldner zu verschaffen", so trifft dies nur für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten zu; die Gläubiger aus gesetzlichen Schuldverhältnissen blieben dagegen unberücksichtigt. Warum die Gläubiger aus rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen besser stehen sollen als die sonstigen Gläubiger, leuchtet jedoch nicht ein; denn die gesetzlichen Gläubiger sind wenigstens so schutzwürdig und -bedürftig wie die rechtsgeschäftlichen Gläubiger; im übrigen muß man den rechtsgeschäftlichen Gläubigern entgegenhalten, daß sie sich aus freien Stücken mit der werdenden AG eingelassen haben.

Methodisch bedeutet dieses Vorgehen nichts anderes als eine "teleologische Reduktion" des § 41 I 2: Den zu weitgehenden Wortlaut haben wir aus dem Zweck der Vorschrift heraus einschränkend ausgelegt und damit die nach dem Wortlaut möglichen Anwendungsfälle der Vorschrift vermindert²⁾.

Für § 41 I 2 bleiben damit folgende Fälle: Nicht vertretungs-

1) Vgl. Lieb, DB 1970, 967

2) Vgl. hierzu: Larenz, Methodenlehre, S. 369 ff.
Bartholomeyczik, S. 71 ff.

berechtigte Personen handeln vor der Eintragung - also insbesondere Aufsichtsratsmitglieder, Gründer - oder der Vorstand überschreitet seine Vertretungsmacht¹⁾.

Außer dem Schutzzweck können wir noch folgende Überlegung heranziehen: Würde die Handlungshaftung des Vorstandes gegenüber den Gläubigern stets begründet sein, so wäre unverständlich, warum nach § 48 S. 2 Vorstand und Aufsichtsrat auch von Gläubigern gemäß § 93 V in Anspruch genommen werden können. Nach § 93 V können nämlich die Gläubiger den "Ersatzanspruch der Gesellschaft" geltend machen, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Auf das Gründungsstadium übertragen bedeutet dies: Die "Gesellschaft" kann bereits Ersatzansprüche gegen den Vorstand haben; die Gläubiger können diesen Ersatzanspruch geltend machen, wenn sie von "der Gesellschaft" keine Befriedigung erlangen können.

Bestünde nun eine Handlungshaftung des Vorstandes gegenüber den Gläubigern, so hätten die Gläubiger ohnehin einen Haftenden; in § 93 V - und damit auch in §§ 48 S. 2, 93 V - geht das Gesetz aber gerade davon aus, daß der Vorstand nicht haften würde; § 93 V soll haftungsbegründend wirken. Insofern hat also §§ 48 S. 2, 93 V zugunsten des Vorstandes eine Sperrwirkung gegenüber der Handlungshaftung nach § 41 I 2: Nur unter den Voraussetzungen des § 93 V soll der Vorstand von Außenstehenden in Anspruch genommen werden können; die Handlungshaftung würde dagegen darüber hinaus gehen. Der Schutzzweck von §§ 48 S. 2, 93 V würde also vereitelt, wenn der Vorstand stets haften müßte.

Gegen den Fortfall der Handlungshaftung des Vorstandes möchte man vielleicht folgendes einwenden: Entfällt eine solche Haftung, so besteht kein Druckmittel mehr für die

1) Das kann in den Fällen der Bargründung von Bedeutung sein, wenn der Vorstand eigenmächtig den Geschäftsbetrieb beginnt.

beschleunigte Herbeiführung der Eintragung¹⁾.

Dieser Einwand träfe jedoch nicht zu: Ist ein Handelsgeschäft in die Vor-AG eingebracht worden, so läuft die Vor-AG bei Verzögerung der Handelsregisteranmeldung Gefahr, den Rechtscharakter einer OHG anzunehmen; insoweit besteht also ein ausreichendes Druckmittel.

In den sonstigen Fällen muß sich die Vor-AG nur in beschränktem Umfang an das Publikum wenden; insoweit besteht vom Standpunkt Außenstehender kein Anlaß, die Eintragung beschleunigt herbeizuführen; wohl aber aus der Sicht der Gründer:

Geht beim Hinauszögern der Handelsregisteranmeldung der Rechtscharakter der Vor-AG verloren, so müßten die Gründungsformalien wiederholt werden und es entstünden zusätzliche Kosten; deshalb werden in diesen Fällen die Gründer aus eigenem Interesse die Anmeldung nicht verzögern; außerdem sind Aufsichtsrat und Vorstand, falls die Verzögerung von ihnen ausginge, bereits im Gründungsstadium der Gesellschaft gegenüber für ihr Verhalten verantwortlich, §§ 48 S. 2, 93 II, 116.

Auch aus der Sicht der Gläubiger können sich keine Bedenken ergeben, denn sie haben ja die Vor-AG als Schuldnerin. Die Gläubiger müssen sich entgegenhalten lassen: Sie haben sich aus freien Stücken mit einer werdenden AG eingelassen. Sie können daher nicht verlangen, besser gestellt zu werden als sie stünden, wenn sie mit einer eingetragenen AG kontrahiert hätten.

§§ 48 S. 2, 93 V, 116 und die allgemeinen deliktischen Bestimmungen sind ausreichende Sicherungsmittel. Im übrigen enthebt der § 41 I 2 den Gläubiger der Sorge, ob er mit einer vertretungsberechtigten Person kontrahiert hat. Für die Fälle der fehlenden Vertretungsmacht hat der § 41 I 2 seine sachliche Berechtigung, denn Dritte können erst nach der Handelsregistereintragung nachprüfen, welche Personen die AG vertreten dürfen und wie sie ihre Unterschriften abgeben, vgl. §§ 37 II, IV, V; 81.

1) Dieser Einwand angedeutet bei Lieb, DB 1970, 967

Wir kommen damit zu dem Ergebnis:

Eine Haftung des Vorstandes nach § 41 I 2 kommt nicht in Betracht, wenn er ein eingebrachtes Handelsgeschäft weiterführt; seine Verantwortlichkeit gegenüber Dritten richtet sich nach §§ 93 V, 48 S. 2.

e) Zusammenfassung

Eine unbeschränkte oder beschränkte Außenhaftung der Gründer besteht nicht.

Als Haftender steht den früheren Geschäftsgläubigern und neuen Gläubigern die Vor-AG mit ihrem gesamten Vermögen zur Verfügung.

Eine Handlungshaftung des Vorstandes kommt beim Weiterbetrieb eines eingebrachten Handelsgeschäfts nicht in Betracht.

5. Prozeßrechtliches

a) Durch den Weiterbetrieb des eingebrachten Handelsgeschäfts können Streitigkeiten mannigfacher Art entstehen, die vor Gericht bewältigt werden sollen.

Kann die Vor-AG klagen und verklagt werden?

Die h.M. hält die Vor-AG in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des § 50 II ZPO für passiv parteifähig¹⁾; einzelne lehnen die Analogie zu § 50 II ZPO ab und meinen, die Vor-AG sei nicht passiv parteifähig, hierfür sei die Rechtsfähigkeit erforderlich²⁾.

Dagegen lehnt es die h.M. unter Hinweis auf § 50 I ZPO ab,

1) BAG, GmbH-Rdsch. 1963, 109/110; BayObLG MDR 1965, 914/918 Barz, in GroBk. AktG, § 29 Anm. 8
B.-Hueck, § 29 Anm. 5 f.

Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 33

Wiedemann, Jura 1970, 463

2) Schreiber, S. 67, 76; Kuhn, WM 1956 Sonderb. Nr. 5, S.8

der Vor-AG aktive Parteifähigkeit zuzugestehen¹⁾; lediglich Büttner räumt der Vorgesellschaft als Konsequenz ihrer "Teilrechtsfähigkeit" die aktive Parteifähigkeit ein²⁾.

b) Ob man der Vor-AG aktive und passive Parteifähigkeit einräumen sollte, interessiert in erster Linie für die Fortführung eines Handelsgeschäfts.

Das Gesetz hat in § 50 I ZPO die Parteifähigkeit an die "Rechtsfähigkeit" geknüpft. Aus bestimmten Zweckvorstellungen heraus hält das Gesetz an diesem Grundsatz jedoch nicht fest: So erhält der nicht rechtsfähige Verein nach § 50 II ZPO passive Parteifähigkeit; die Personenhandels-gesellschaften können unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, § 124 HGB³⁾.

Die Frage ist nun: Lassen sich die Zweckvorstellungen dieser Vorschriften auch auf die Vor-AG übertragen, sofern sie ein eingebrachtes Handelsgeschäft fortführt? Und kann daher zumindest in Analogie zu diesen Vorschriften eine aktive oder passive Parteifähigkeit angenommen werden⁴⁾?

Wäre dies nicht der Fall, so müßte man von dem Grundsatz des § 50 I ZPO ausgehen und der Vor-AG die Parteifähigkeit absprechen.

Die Vorschrift des § 50 II ZPO soll es dem Kläger erleichtern, einen nicht rechtsfähigen Verein zu verklagen; ohne diese Bestimmung müßte sich der Kläger der mühsamen Arbeit unterziehen, jedes einzelne Vereinsmitglied mit seinem Namen zu ermitteln und sodann in der Klageschrift aufführen (§ 253 II Nr. 1 ZPO). Weiterhin ist zu bedenken, daß Vereinsmitglieder sehr leicht ein- und austreten können; der

1) Vgl. vorige Seite Fn. 1

2) Büttner, S. 124-126

3) Es ist nicht unbestr., ob die OHG, KG "parteifähig" ist, vgl. hierzu: Hueck, Recht der OHG, S. 239 ff.

4) Auch Ausnahmevorschriften sind analogiefähig!

Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 329

vgl. auch Bartholomeyczik, S. 91 ff.

Eine Analogie zu §§ 124 I, 161 II HGB wird beim BAG aaO., BayObLG aaO. angedeutet, vgl. vorige Seite Fn. 1

Kläger könnte daher bei einem erfolgreichen Prozeß zwar in das Privatvermögen der verklagten Vereinsmitglieder vollstrecken, aber nicht in das Vereinsvermögen; außerdem ergäben sich Schwierigkeiten bei einem anschließenden Rechtsmittelverfahren.

Gleiche Gesichtspunkte scheinen für die Vor-AG nicht zuzutreffen. Denn die Vor-AG ist nur von kurzer Dauer, der Bestand an Mitgliedern ist fest umrissen. Ob allein schon die Verselbständigung des Vermögens der Vor-AG zur passiven Parteifähigkeit ausreichen würde, wie Wiedemann meint¹⁾, erscheint nicht unbedenklich; denn das Vermögen sonstiger Gesamthandsgemeinschaften wie BGB-Gesellschaft, Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft ist auch in bestimmter Hinsicht "verselbständigt", ohne daß an diesen Umstand vom Gesetz die passive Parteifähigkeit geknüpft würde. Wir dürfen aber in diesem Fragenbereich nicht die besondere handelsrechtliche Wertung in § 124 HGB außer acht lassen:

Tritt eine Personenvereinigung des Handelsrechts auf, so sollen die möglichen Kläger nicht nachforschen müssen, wer hinter dieser Personenvereinigung steht; vielmehr soll die Personengesamtheit unter ihrer gemeinschaftlichen Firma verklagt werden dürfen, § 124 HGB. Diese Regelung dient der Erleichterung und Beschleunigung des Handelsverkehrs.

Eine entsprechende Motivierung hat den Gesetzgeber auch bewogen, einen Einzelkaufmann unter seiner Firma verklagen zu können, § 17 II HGB.

Dieser übergeordnete Gesichtspunkt trifft auch für die Vor-AG beim Weiterbetrieb eines eingebrachten Handelsgeschäfts zu; daher rechtfertigt sich eine entsprechende Anwendung des § 124 HGB.

Für eine aktive Parteifähigkeit bietet sich der § 124 HGB in gleicher Weise an: Sobald man anerkennt, daß die Vor-AG unter ihrer Firma im Handelsverkehr auftritt, muß ent-

1) Wiedemann, Jura 1970, 463

sprechendes auch im Prozeßrecht gelten. Für den Einzelkaufmann und die Personenhandelsgesellschaften macht das Gesetz insofern ebenfalls keinen Unterschied, vgl. §§ 17 II, 124 I HGB. Bei der Vor-AG kommt noch hinzu:

Während Außenstehende bisher nur mit der "Firma" in Beziehung getreten sind, würde ihnen im Prozeß nicht mehr die "Firma", sondern wenigstens fünf Personen unter ihrer Namensbezeichnung in der Klageschrift entgegentreten. Mangels Nachprüfbarkeit im Handelsregister müßte für Außenstehende der Eindruck entstehen, die fünf Personen seien nach materiellem Recht nicht die Berechtigten. Insbesondere im Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO) könnten daher Schuldner wegen der undurchsichtigen Rechtslage zur Einlegung eines Widerspruchs genötigt werden und damit dieses Verfahren überflüssigerweise verlängern und verteuern.

Die Interessen des Handelsverkehrs lassen also die aktive Parteifähigkeit (analog § 124 I HGB) als notwendig erscheinen.

Weiterhin ist folgendes zu bedenken:

Räumt man der Vor-AG passive Parteifähigkeit ein, so kann sie im Rahmen eines Passivprozesses und der damit zusammenhängenden Verfahren auch die Stellung eines Klägers haben, insofern also aktive Parteifähigkeit besitzen: Die Vor-AG kann der Klage mit einer Widerklage begegnen; sie könnte im Rechtsmittelverfahren die Rolle eines Klägers einnehmen; im Zwangsvollstreckungsverfahren könnte sie Erinnerung (§ 766 ZPO) einlegen und Zwangsvollstreckungsgegenklage erheben. Bedenkt man dies, so ist es nur ein geringer Schritt zur aktiven Parteifähigkeit. Für die Gewerkschaften - sie sind als nicht rechtsfähige Vereine organisiert - hat der BGH mittlerweile den starren Grundsatz des § 50 I ZPO verlassen und ihnen ohne Einschränkung aktive Parteifähigkeit zugesprochen¹⁾.

1) BGHZ 42, 210 (noch mit Einschränkungen)
BGHZ 50, 325

Außerdem: Wäre der Gründungsverband nicht aktiv parteifähig, sondern müßten die einzelnen Gründer als Partei auftreten, so wären sie bei einem Prozeßverlust Kostenschuldner (§ 91 ZPO) und könnten daher unmittelbar in Anspruch genommen werden. Eine unmittelbare Außenhaftung der Gründer stünde aber im Widerspruch zur aktienrechtlichen Grundsatzwertung in § 54 I. Das Prozeßrisiko würde also zu einer Haftungsausweitung führen, die unzulässig ist.

Damit ergibt sich:

Beim Weiterbetrieb eines eingebrachten Handelsgeschäfts hat die Vor-AG aktive und passive Parteifähigkeit (analog § 124 HGB).

6. Konkursfähigkeit

a) Der Weiterbetrieb des eingebrachten Handelsgeschäfts könnte - entgegen allen Erwartungen - zur Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Vor-AG führen.

Kann es dann einen Konkurs über das Vermögen der Vor-AG bzw. ein Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses geben?

Nach Rechtsprechung und überwiegender Meinung im Schrifttum ist die Vor-AG konkursfähig¹⁾. Zum Teil verweist man dabei auf die Zulässigkeit eines Konkurses beim nicht rechtsfähigen Verein, § 213 KO: Die Vergleichsfähigkeit wird zwar nicht besonders herausgestellt; als etwas Geringeres gegenüber dem Konkurs ergibt sich die Vergleichsfähigkeit bei Anerkennung der Konkursfähigkeit von selbst, vgl. § 108 VerglO.

1) BayObLG, MDR 1965, 914/918; OLG Nürnberg, AG 1967, 362 Barz, in Großk. AktG, § 29 Anm. 8
B.-Hueck, § 29 Anm. 5 f.; Büttner, S. 123 f.
Dregger, S. 79; Feine, S. 202
Ganßmüller, GmbH-Rdsch. 1953, 217
Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 33
Wiedemann, Jura 1970, 462 f.
vgl. auch Dehoff, Diss. S. 105 ff.

Eine Mindermeinung im Schrifttum lehnt die Konkursfähigkeit ab¹⁾. Insbesondere Kuhn sagt, es fehle an einer besonderen gesetzlichen Vorschrift; die Verleihung der Konkursfähigkeit würde daher zu einer Korrektur des Gesetzes führen. Schreiber meint, an einer Konkursfähigkeit fehle es, weil die Vorgesellschaft als solche nicht verklagt werden könne.

b) Die ablehnende Haltung Godin-Wilhelmis zur Konkursfähigkeit ergibt sich aus deren Ausgangspunkt: Sacheinlagen werden nach ihrer Ansicht aufschiebend bedingt auf den Vorstand der AG übertragen. Bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts bleiben alle Rechtshandlungen aus der Unternehmensfortführung bis zur Eintragung in der Schwebe. Eine Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung kann sich nach dieser Konstruktion niemals ergeben; denn die Vor-AG ist ja nach Godin-Wilhelmi nicht Träger von Rechten und Pflichten²⁾.

Diesen Ausgangspunkt haben wir bereits oben abgelehnt.

Die Notwendigkeit eines Konkurses kann man auch nicht mit dem Einwand Schreibers ablehnen. Denn zum einen kann die Vor-AG verklagt werden und zum andern gibt es auch keinen zwingenden Zusammenhang zwischen passiver Parteifähigkeit und Konkursfähigkeit: die Miterbengemeinschaft und die Gütergemeinschaft unter gemeinschaftlicher Verwaltung beider Ehegatten sind konkursfähig (§§ 214, 236 a KO), jedoch nicht passiv parteifähig (§§ 740 II, 747 ZPO).

Die Stellungnahme Kuhns würde darauf hinauslaufen - das haben wir schon bei der Parteifähigkeit gesehen -, jegliche Analogie und jegliche Rechtsfortbildung zu ersticken. Der Gesetzgeber der Konkursordnung (1877!) war mit den Problemen der Vorgesellschaft noch nicht vertraut, aus der Regelung in der KO darf man daher auch keinen Umkehrschluß ziehen; der Gesetzgeber des AktG (1965) ermuntert dagegen

1) Schreiber, S. 76; Kuhn, WM 1956, Sonderbeilage Nr. 5, S. 8; Godin-Wilhelmi, § 29 Anm. 4

2) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 5, 17 ff.

Rechtsprechung und Wissenschaft, die Probleme um die Vorgesellschaft selbst zu klären¹⁾.

Erkennt man die Einbringung eines Handelsgeschäfts in die Vor-AG und deren Weiterbetrieb mit der h.M. an, so ergibt sich das Erfordernis eines besonderen Konkursverfahrens. Die Ähnlichkeit zwischen Vor-AG und eingetragener AG sowie die Gläubigerinteressen machen es notwendig, einen Konkurs nicht allein bei Zahlungsunfähigkeit, sondern auch bei Überschuldung eingreifen zu lassen. Denn als Haftungsobjekt steht den Gläubigern ausschließlich das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis: Konkurs- und Vergleichsverfahren sind für die Vor-AG zulässig, §§ 207 KO, 108 VerglO.

7. Auflösung, Auseinandersetzung

Abschließend stellt sich noch folgendes Problem:

Die Eintragung der AG in das Handelsregister kann ausbleiben, die Gründer wollen das Unternehmen auch nicht in anderer Rechtsform weiterbetreiben oder einen erneuten Eintragsversuch unternehmen. Zur Eintragung könnte es deshalb nicht kommen, weil das Registergericht die Eintragung abgelehnt hat, oder weil die Gründer ihren ursprünglichen Gründungszweck aufgegeben haben.

Die Vor-AG ist damit aufgelöst²⁾. Wie aber erfolgt die Auseinandersetzung? Durch die Weiterführung des eingebrachten Handelsgeschäfts ist diese Frage nicht allein von gesellschaftsinterner Bedeutung, sondern berührt auch zugleich die Interessen Außenstehender.

Zwei Fragen sind hier zu trennen: W e r besorgt die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens (a) und w i e erfolgt die Abwicklung (b)?

1) Motive 1965 (bei Kropff) zu § 41, S. 60

2) Einzelheiten über Auflösungsgründe:

Barz, in GroSk. AktG, § 29 Anm. 13

B.-Hueck, § 29 Anm. 7

Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 35

a) Nach dem Recht der eingetragenen AG sind die Vorstandsmitglieder automatisch die Abwickler (§ 265 I) und nicht die Aktionäre.

Die Stellungnahmen im Aktienrecht, ob im Gründungsstadium der Vorstand oder die Gesellschafter als "geborene" Abwickler anzusehen seien, sind geteilt¹⁾.

Der BGH hat für die werdende GmbH die Ansicht vertreten, nicht die Geschäftsführer (wie bei der eingetragenen GmbH), sondern die Gesellschafter seien die Abwickler; denn infolge der Auflösung trete das personalistische Element wieder in den Vordergrund²⁾.

Das BAG hat dagegen - ebenfalls für die werdende GmbH - die Geschäftsführer als Abwickler angesehen³⁾.

Dieser Meinungsunterschied wird zunächst durch die Tatsache gemildert, daß nach dem Recht der Handelsgesellschaften die Person der Liquidatoren nicht zwingend festgelegt ist. Denn anstelle der "geborenen" Liquidatoren können auch andere Personen bestellt werden, die "gekorenen" Liquidatoren, vgl. §§ 265 II AktG, 66 I GmbHG, 146 I HGB.

Ein entsprechendes Wahlrecht hat man ebenso für das Gründungsstadium anzunehmen, denn genau wie bei der eingetragenen AG kann es auch bei der Vor-AG darauf ankommen, die Abwicklung sachkundigen Personen zu übertragen und nicht durch eine zwingende Regelung alle Wege zu versperren.

Wenn das Gesetz in § 265 I AktG die Vorstandsmitglieder als geborene Liquidatoren ansieht, so gibt es keinen Grund, dies im Gründungsstadium zu verneinen. Die Bemerkung des BGH, mit der Auflösung trete das personalistische Element wieder in

-
- 1) Für Vorstand: Büttner, S. 73 Fn. 38
Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 25
Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 35.
Für Gesellschafter: Barz, in GroBk. AktG, § 29 Anm. 14
B.-Hueck, § 29 Anm. 6; BayObLG, MDR 1965, 916 f.
 - 2) BGH, GmbH-Rdsch. 1963, 107 = LM Nr. 12 zu § 11 GmbHG
BGHZ 51, 30 = LM Nr. 16 zu § 11 GmbHG
ebenso: Dilcher, JuS 1966, 90
 - 3) BAG, GmbH-Rdsch. 1963, 110 f.; zust. Ganßmüller, aaO.,
S. 101 f.; vgl. auch ders., GmbH-Rdsch. 1970, S. 172 f.

den Vordergrund und deshalb seien die Gesellschafter Liquidatoren, beweist nichts: Die Vor-AG ändert mit der Liquidation lediglich ihren Zweck; im übrigen stimmt die Abwicklungsgesellschaft mit der Vor-AG überein, der körperschaftsrechtliche Aufbau geht nicht verloren.

Das BayObLG meint: Wäre der Vorstand Abwickler, so würde die Vertretungsmacht des Vorstandes weitergehen, als sie ihm bis zur Abwicklung zugestanden hätte¹⁾. - Das ist ebenfalls kein Einwand: Denn zum einen ist beim Weiterbetrieb eines eingebrachten Handelsgeschäfts die Vertretungsmacht des Vorstandes von vorneherein unbeschränkt. Zum andern beruht in den sonstigen Gründungsfällen die beschränkte Vertretungsmacht des Vorstandes auf dem beschränkten Zweck der Vor-AG; im Abwicklungsstadium tritt jedoch eine Zweckänderung ein, die Sondervorschriften des Abwicklungsrechts verdrängen daher die Regelungen, die bis zur Auflösung der Vor-AG gelten. Dem BayObLG ist außerdem entgegenzuhalten: Würden die Gründer zu Abwicklern, so hätten sie eine Vertretungskompetenz, die ihnen vorher niemals zugestanden hat.

Folgende Überlegungen lassen es vielmehr geboten erscheinen, dem Vorstand analog § 265 I die Stellung eines geborenen Liquidators einzuräumen:

Hat die Vor-AG ein eingebrachtes Handelsgeschäft betrieben, so kann es bei der Abwicklung u.U. sachdienlich sein, die Geschäftstätigkeit noch eine Zeitlang fortzuführen; insofern würde auf die Gesellschafter ein Aufgabenbereich übertragen, den sie von Anfang an nicht ausüben wollten; die Gesellschafter haben ja aus diesem Grund die Rechtsform der AG gewählt, um der Geschäftstätigkeit fernzubleiben und dies anderen zu überlassen.

Auch müßten bei der Abwicklung der laufenden Geschäfte die bisher geschäftsführenden Vorstandsmitglieder die Gründer in den Tätigkeitsbereich des Unternehmens einweisen. Dies

1) BayObLG, MDR 1965, S. 916 f.

wäre nicht nur umständlich, sondern könnte auch nachteilige Folgen haben. Denn: Während der Vorstand von Anfang an mit der laufenden Geschäftstätigkeit vertraut war und zwanglos auch die Abwicklung besorgen könnte, haben dagegen die Gründergesellschafter von Anfang an der Geschäftstätigkeit ferngestanden; für sie hat der Aufsichtsrat die Geschäftstätigkeit des Vorstandes überwacht.

Insofern besteht auch ein wichtiger Unterschied zum GmbH-Recht: Eine so strenge Aufgabenteilung der Gesellschaftsorgane wie im AktG kennt das GmbH-Recht nicht. Die Gesellschafter einer GmbH stehen der laufenden Geschäftstätigkeit näher als die Gesellschafter einer AG. Die Gesellschafter einer GmbH haben zum Teil Aufgaben wie Vorstand und Aufsichtsrat im Aktienrecht, vgl. § 46 GmbHG (Feststellung der Jahresbilanz, Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung). Diese grundsätzlichen Unterschiede zum GmbH-Recht verbieten es, die BGH-Urteile auf das Aktienrecht zu übertragen.

Wir können also festhalten: Geborene Liquidatoren sind die Vorstandsmitglieder (§ 265 I). Nach § 265 II können jedoch auch andere Personen als Abwickler bestellt werden.

b) Zu der Frage, wie das Liquidationsverfahren zu erfolgen habe, äußert man sich unterschiedlich.

Kraft befürwortet eine analoge Anwendung der Vorschriften über die eingetragene AG¹⁾. Ganßmüller geht ebenfalls von der prinzipiellen Anwendbarkeit dieser Vorschriften aus, will sie aber wegen der im Gründungsstadium geltenden besonderen Lage modifizieren²⁾.

Andere möchten die Abwicklungsvorschriften der eingetragenen Gesellschaft nicht anwenden, denn sie setzten die Mitwirkung des Registergerichts und damit formale Rechtsfähigkeit voraus; andererseits sollen aber auch nicht die Abwicklungs-

1) Kraft, in Kölner Komm., § 1 Anm. 35

2) Ganßmüller, DB 1955, 713/714

vorschriften aus dem Recht der BGB-Gesellschaft ohne weiteres anzuwenden sein; Übereinstimmung herrscht jedoch, daß vor Verteilung des Gesellschaftsvermögens zuerst die Verbindlichkeiten zu berichtigen sind; die Einlagen sollen analog § 733 II BGB an die Gründer zurückgewährt werden¹⁾).

Die unterschiedliche Ausgestaltung der Abwicklungsvorschriften im Aktienrecht einerseits und dem Recht der Personengesellschaften einschließlich der BGB-Gesellschaft andererseits beruhen auf einer unterschiedlichen Interessenlage. Die strengen Vorschriften des AktG sind im Gläubigerinteresse aufgestellt, denn als Haftungsbasis steht nur das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung; die Gläubiger haben auf eine bestimmte Kapitalgrundlage vertraut, deshalb darf diese Vermögensgrundlage auch nicht ohne weiteres beseitigt werden.

Anders dagegen im Recht der Personengesellschaften: Hier können die Gläubiger nicht auf eine bestimmte Vermögensgrundlage vertrauen, denn sie wird ja Außenstehenden niemals und nirgendwo mitgeteilt; sie vertrauen vielmehr auf die persönliche Haftung der Gesellschafter, die auch nach der Auflösung der Gesellschaft fortbesteht; aus diesem Grund können die Gesellschafter bei der Abwicklung freier über das Gesellschaftsvermögen verfügen als im Aktienrecht.

Wie sich bisher ergeben hat, ist die Vor-AG beim Weiterbetrieb eines eingebrachten Handelsgeschäfts der eingetragenen AG angeglichen. Dies gilt insbesondere für die Haftungsverhältnisse. Die Übereinstimmung in der Interessenlage macht daher auch eine Übereinstimmung in der rechtlichen Behandlung erforderlich. Bei dieser Ähnlichkeit wäre es nicht einzusehen, warum das aktienrechtliche Liquidationsverfahren

1) Vgl. BayObLG, MDR 1965, 916 f.
Barz, in Großk. AktG, § 29 Anm. 14; Feine, S. 208
Schreiber, S. 74
vgl. auch Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 25: (Diese Lösung Godin-Wilhelmi ist aber nicht folgerichtig, da sie von einer aufschiebend bedingten Übertragung ausgehen und das Handelsgeschäft namens der "künftigen AG" betrieben worden ist, § 41 Anm. 17).

unmittelbar nach der Handelsregistereintragung uneingeschränkt anzuwenden ist, kurz vor der Handelsregistereintragung dagegen nicht.

Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften hängt also nicht von der formalen Handelsregistereintragung und der Rechtsfähigkeit ab, wie Schreiber und Feine meinten. Ausgangspunkt bildet vielmehr ein bestimmter zu bewältigender Interessenkonflikt. Beim Weiterbetrieb eines eingebrachten Handelsgeschäfts bestehen jedoch - wie wir oben sahen - keine prinzipiellen Unterschiede in der Interessenlage zur eingetragenen AG.

Die h.M. möchte nun vielleicht auf die Handlungshaftung des Vorstandes hinweisen, die wir oben abgelehnt haben¹⁾.

Man könnte sagen: Durch die Haftung des Handelnden stehe auf jeden Fall ein Haftender zur Verfügung; dadurch seien die Interessen Außenstehender hinreichend berücksichtigt, deshalb brauche das strenge Abwicklungsverfahren auch nicht Platz zu greifen.

Dies wäre jedoch kein Gegenargument. Denn: Die Entstehung der Handlungshaftung beruht in Rechtsprechung und Schrifttum auf einer nicht einheitlich anerkannten Grundlage:

Die (noch) h.M. unterscheidet zwischen Handeln im Namen der Vor-AG und der zukünftigen AG; sodann soll entweder nur für den letzten Fall oder doch für beide Fälle die Handlungshaftung eingreifen; weiterhin soll die einmal begründete Haftung entweder nach der Eintragung automatisch entfallen oder bis zur Übernahme nach § 41 II fortbestehen können; die Rechtsprechung nimmt jedenfalls nur bei Dauerschuldverhältnissen einen stillschweigenden Verzicht des Gläubigers auf die Handlungshaftung nach der Eintragung an²⁾.

Selbst wenn man sich in einer dieser Richtungen die Haftungs-

1) Vgl. oben, 2. Teil A III 4 d

2) RGZ 116, 71/72 f.

BGH, LM Nr. 2 zu § 34 AktG = AG 1961, 355
vgl. auch für eGmbH: BGHZ 20, 281/286 f.

begründung aussucht und von deren Fortbestand nach der Handelsregistereintragung ausgeht: Diese zusätzliche Haftung schränkt die strengen Abwicklungsvorschriften nach Eintragung der AG nicht ein; genauso verhält es sich ja auch bei der KGaA: Trotz persönlicher Haftung eines Gesellschafters gilt für die KGaA nach § 278 III das Abwicklungsverfahren der AG, denn die persönliche Haftung tritt hinter die Kapitalgrundlage der KGaA zurück.

Deshalb könnte eine möglicherweise bestehende Handlungshaftung v o r Eintragung der AG daher ebenfalls nicht zu einer Nichtanwendung der aktienrechtlichen Abwicklungsvorschriften führen.

Im übrigen bestätigt gerade das Liquidationsverfahren unsere früher vertretene Ansicht vom Wegfall der Handlungshaftung für den Vorstand. Der h.M. gelingt es nicht, in diesem Fall eine sachgerechte Lösung zu finden. Denn die Gläubiger würden auf jeden Fall befriedigt, die Gründer könnten wegen ihrer beschränkten Leistungsverpflichtung nicht weiter vom Vorstand in Anspruch genommen werden. Dem handelnden Vorstand stünde genau wie Außenstehenden nur das Gesellschaftsvermögen für Rückgriffsansprüche zur Verfügung. Beim Weiterbetrieb eines eingebrachten Handelsgeschäfts könnten die Rückgriffsansprüche des Vorstandes leicht fehlgehen und er bliebe auf der Haftung nach § 41 I 2 sitzen.

Wendet man dagegen die Haftungsvorschrift des §§ 93 V, 48 S. 2 an, so bringt dies für alle Beteiligten eine sachgerechte Lösung: Keine Personengruppe wird zu stark bevorzugt oder benachteiligt; das Risiko wird in gleicher Weise verteilt und für den Vorstand überschaubar. Außerdem hat der Vorstand am wenigsten darauf Einfluß, ob es zu einer Auflösung der AG kommt; man bedenke nur den Fall, daß die Gründer aus freien Stücken einen Auflösungsbeschluß herbeiführen.

Zusammenfassend können wir damit sagen:

Beim Weiterbetrieb eines eingebrachten Handelsgeschäfts

kommen bei Auflösung der Vor-AG die aktienrechtlichen Liquidationsvorschriften in Betracht.

IV. Rechtslage nach der Handelsregistereintragung

Die bisherigen Ausführungen beschäftigten sich mit der Rechtslage vor der Eintragung der AG in das Handelsregister. Einzelprobleme haben wir dabei schon im Hinblick auf die Handelsregistereintragung behandelt.

Der Klarstellung halber sei noch kurz auf die Rechtslage eingegangen, die sich nach der Eintragung der AG in das Handelsregister ergibt.

1. Rechte und Pflichten der Vor-AG

Die durch die Fortführung des eingebrachten Handelsgeschäfts entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten treffen mit der Handelsregistereintragung ohne weiteres die eingetragenen AG. Diese Folgerung ergibt sich für die Vertreter der Identitätslehre von selbst. Der BGH geht ebenfalls von diesem Ergebnis aus, ohne ausdrücklich zur Identitätslehre Stellung zu nehmen¹⁾.

Nach den Gegnern der Identitätslehre sollen nur solche Rechte und Pflichten die eingetragene AG treffen können, die in der Satzung festgelegt sind. Rechte und Pflichten aus einer erforderlichen Geschäftstätigkeit sollen jedoch nicht unmittelbar die AG treffen; vielmehr sollen Genehmigungen, Schuldübernahmen usw. erforderlich sein; auch zieht man Verträge zugunsten Dritter und die Geschäftsführung ohne Auftrag heran. Wer Träger dieser Rechte und Pflichten in der Zwischenzeit ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Ebenso uneinheitlich sind auch die Stellungnahmen, ob die eingetragene AG verpflichtet ist, Schuldübernahmen und Genehmigungen aus-

1) Vgl. BGH, LM Nr. 12 zu § 11 GmbHG; BGHZ 45, 338/343

zusprechen oder nicht¹⁾.

Eine nochmalige Stellungnahme zu diesem Problemkreis erübrigt sich: Wir sind oben von der Identitätslehre ausgegangen und haben später untersucht, inwieweit die Gesellschaftsorgane bei der Einbringung eines Handelsgeschäfts tätig werden dürfen. Dabei haben wir auch die Gesichtspunkte erörtert, die für und gegen einen automatischen Übergang von Rechten und Pflichten sprechen können.

Nach den dortigen Ausführungen ergibt sich eine automatische Berechtigung und Verpflichtung der eingetragenen AG aus früheren Rechtshandlungen.

2. Fortdauer der Haftung

Soweit man im Schrifttum eine unbeschränkte oder beschränkte Außenhaftung der Gründer befürwortet (§§ 128 HGB, 427 ff. BGB), nimmt man meistens an, daß diese Haftung mit der Eintragung der AG in das Handelsregister entfällt und nur noch die eingetragene Gesellschaft haftet²⁾. Der BGH scheint - in seiner nicht klaren Rechtsprechung zu diesem Fragenbereich - das gegenteilige Ergebnis anzunehmen³⁾.

Soweit man die Handlungshaftung des Vorstandes nach § 41 I 2 erörtert, werden über die Fortdauer der Haftung zwei Ansich-

-
- 1) Zu diesen Konstruktionen vgl. die Aufsätze von Gadow, JhJb 87, 245 ff.; Heim, ZHR 108, 181 ff. Horn, NJW 1964, 86 ff.; vgl. auch Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 17 ff. Lehmann-Dietz, S. 306, bekennen sich zur Identitätslehre, wollen aber die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag - wie Gadow, in Großk. AktG (1. Aufl.) § 34 Anm. 19 - anwenden. (nicht haltbar!)
- 2) Vgl. Dilcher, JuS 1966, 94; Flume, S. 43 Wiedemann, JurA 1970, 457
- 3) BGH, LM Nr. 2 zu § 34 AktG; vgl. auch BGHZ 15, 204/206 und BGHZ 45, 338/343 Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 189 f.

ten vertreten¹⁾: Nach der einen Meinung soll die Haftung mit der Eintragung dann automatisch entfallen, wenn Rechte und Verbindlichkeiten von selbst die eingetragene AG treffen, insbesondere also bei der Fortführung eines eingebrachten Handelsgeschäfts. Die Gegenmeinung will auch in diesen Fällen keinen Wegfall der Handlungshaftung annehmen. Die Rechtsprechung hat sich bisher gegen einen automatischen Fortfall der Handlungshaftung ausgesprochen; lediglich bei Dauerschuldverhältnissen wird ein entsprechender Verzichtwille des Außenstehenden für die Zeit nach Eintragung der Gesellschaft angenommen.

Nach der hier vertretenen Ansicht kommt eine Außenhaftung der einzelnen Gründer von vornherein nicht in Betracht, sondern es haftet nur die Vor-AG als Ganzes. Die Haftung der Vor-AG setzt sich in der Haftung der eingetragenen AG fort.

Ebenso entsteht - entgegen der h.M. - keine Handlungshaftung des Vorstandes beim Weiterbetrieb eines eingebrachten Handelsgeschäfts. Eine Stellungnahme zu den obigen Ansichten erübrigt sich daher.

3. Wertänderungen des eingebrachten Gegenstandes bis zur Eintragung

Das Problem der Wertänderungen eines Sacheinlagegegenstandes behandelt man durchweg für die Zeit zwischen der Sacheinlagevereinbarung und der tatsächlichen Einbringung dieses Gegenstandes in die AG. Die Einbringung kann nach h.M. auch schon in die Vor-AG erfolgen; danach auftretende Wertvermindierungen, die bis zur Eintragung noch entstehen, werden bei dieser Meinungsgruppe nicht mehr erörtert²⁾.

1) Vgl. die Nachweise bei Kraft, in Kölner Komm., § 41 Anm. 43

2) Barz, in GroBk. AktG, § 27 Anm. 8
Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 13; BGHZ 45, 338/349 f.
Kraft, in Kölner Komm., § 27 Anm. 45 f.

Neuerdings vertritt jedoch insbesondere Wiedemann die Ansicht: Falls der Sacheinlagegegenstand - auch wenn er schon in die Vorgesellschaft eingebracht ist - im Eintragungszeitpunkt nicht mehr den angegebenen Wert besitze, so würden sämtliche Gesellschafter im Außenverhältnis (also gegenüber Gläubigern) für den bekanntgegebenen Wert haften. Diese Haftung stützt er auf eine "Wertdeckungszusage", die er von dem internen "Einlageversprechen" trennt. Er meint weiter: Würde das Risiko einer Wertminderung an die Gläubiger weitergegeben, so wäre praktisch ein rechtsfähiges Sondervermögen ohne die vom Handelsrecht geforderte Transparenz und die damit gegebene "Vorwarnung" im Gründungsstadium entstanden¹⁾.

Dieser Ansicht Wiedemanns ist nicht zu folgen:

Wiedemann geht selbst davon aus, daß die Einlagen dinglich auf die Vorgesellschaft übertragen werden müssen und dadurch eine Befreiung von der Leistungspflicht des Gesellschafters eintritt (JurA 1970, 461). Wenn das so ist - und davon gehen auch wir in dieser Arbeit aus -, dann greift die aktienrechtliche Grundsatzwertung in § 54 I ein: Die Leistungspflicht des Aktionärs ist damit erloschen; jede weitere Inanspruchnahme scheitert an dieser Schranke und würde zu einer dem Aktienrecht unbekannten Nachschußpflicht führen.

Das Gesetz geht von einer solchen Risikoverteilung zu Lasten der Gläubiger aus. Dies ergibt sich weiter aus den Vorschriften der §§ 48 S. 2, 93, 116:

Die Gesellschaftsorgane haben mit der dort angeordneten Sorgfalt und Verantwortlichkeit die eingebrachten Sacheinlagen zu verwalten; nur über diese Vorschriften ergibt sich

1) Wiedemann, JurA 1970, 453 f.; ebenso: Möhring-Tank, in Hdbch. d. AG I, Rdn. 83, 85, 88. Früher hat Wiedemann nur auf den Erfüllungszeitpunkt, nicht notwendig den Eintragungszeitpunkt abgestellt: Wiedemann, Sacheinlagen, S. 262; ders., Haftungsbeschränkung, S. 39. Wenn z.B. Rehm, ArchBürgR Bd. 22, S. 119 ff. und Würdinger, S. 98 auf den "Eintragungszeitpunkt" abstellen, so erklärt sich dies daraus, daß beide Autoren die Einbringung des Sacheinlagegegenstandes erst vom Eintragungszeitpunkt ab für möglich halten.

eine unmittelbare Haftung zum Außenverhältnis, §§ 48 S. 2, 93 V, 116.

Eine Haftung der Gründer besteht dagegen nicht. Die "Wertdeckungszusage" würde daher Haftungsgründe schaffen - nicht die Gründer verwalten die Sacheinlage (!) - und Haftungsbeziehungen voraussetzen (Haftung nach außen), die dem Aktienrecht unbekannt sind¹⁾.

Es ist also festzuhalten:

Wertschwankungen, die nach der Einbringung eingetreten sind, gehen zugunsten und zu Lasten der AG.

Denn durch die Einbringung der Sacheinlage in die Vorgesellschaft hat der Aktionär seine Pflicht erfüllt.

B. Einbringung des Handelsgeschäfts nach Eintragung der AG

I. Die Zulässigkeit der späteren Einbringung

Im aktienrechtlichen Schrifttum überwiegt die Ansicht, daß der Fälligkeitszeitpunkt einer Sacheinlage frei vereinbart werden kann; im Unterschied zum GmbH-Recht sollen daher Sacheinlagen sogar noch nach der Handelsregistereintragung erbracht werden dürfen²⁾.

1) In diesem Zusammenhang ist noch auf die Entscheidung des BGH in BGHZ 37, 75/78 = LM Nr. 13 zu § 11 GmbHG hinzuweisen. Der BGH hat dort gesagt: Sollten Bareinlagen im Einbringungszeitpunkt der GmbH nicht mehr vollständig zur Verfügung stehen, so brauchen die GmbH-Gesellschafter nicht nochmals ihre Einlage zu zahlen, sofern die Zahlung aufgrund gesetzlicher oder statutarischer Verpflichtung erfolgt ist. -

Es leuchtet nicht ein, warum man bei Sacheinlagen, die nach Gesetz und Satzung der Vorgesellschaft zugeführt worden sind, anders verfahren sollte.

2) Barz, in Großk. AktG, § 36 Anm. 16

B.-Hueck, § 36 Anm. 5

Godin-Wilhelmi, § 36 Anm. 12

Kraft, in Kölner Komm., § 36 Anm. 26

Lutter, S. 250 f. - KG, OLGE 27, 345

Schnorr v. Carolsfeld ist dagegen der Auffassung, entsprechend dem GmbH-Recht sollten auch im Aktienrecht die Gründer verpflichtet sein, Sacheinlagen vor der Handelsregistereintragung zu erbringen¹⁾.

Einige meinen sogar, Sacheinlagen könnten nur nach der Registereintragung erbracht werden. Diese Ansicht haben wir bereits früher kennengelernt und dort abgelehnt²⁾.

Für uns stellt sich somit die Frage:

Entspricht es dem AktG, Sacheinlagen nach der Handelsregistereintragung auszuführen? Welche Konsequenzen ergeben sich daraus bei einem einzubringenden Handelsgeschäft?

Im GmbH-Recht begründet man die Verpflichtung, Sacheinlagen bis spätestens zur Handelsregisteranmeldung zu erbringen, mit der besonderen Fassung des Gesetzeswortlauts in § 7 II GmbHG, mit den Motiven zu dieser Bestimmung und mit den Gläubigerinteressen, denn das GmbH-Recht kennt keine Gründungsprüfung und Gründerhaftung für Sacheinlagen wie das AktG³⁾.

Entsprechende Gesichtspunkte lassen sich im Aktienrecht nicht aufzeigen. Nach § 36 II (= 28 II AktG 1937) müssen lediglich Bareinlagen zu wenigstens 25 % bewirkt worden sein; für Sacheinlagen enthält diese Vorschrift dagegen keine ähnliche Verpflichtung: Das Wort "Betrag" in § 36 II 1 ist auch nicht, wie Schnorr v. Carolsfeld meint, ein Oberbegriff für beide Einlagearten, sondern umschreibt eindeutig "Geldbetrag". Denn von diesem "Betrag" sagt das Gesetz, er müsse eingezahlt worden sein und verweist dabei auf § 54 III AktG. Nach allgemeinem Sprachgebrauch spricht man aber nur im Zusammenhang mit Geldbeträgen von "Einzahlen", weiterhin betrifft § 54 III nur Bareinlagen.

1) Schnorr v. Carolsfeld, DNotZ 1963, 413

2) Ritter, § 20 Anm. 2d; Georgakopoulos, S. 135
vgl. oben 2. Teil, A I

3) Vgl. Schilling, in Hachenburg, § 7 Anm. 14
vgl. auch BGHZ 45, 338/347

Auch bietet die Regelung des Aktienrechts keinen Anlaß, die Vorschrift des § 36 II 1 auf Sacheinlagen analog anzuwenden. Denn im Unterschied zum GmbH-Recht kennt das AktG eine ausführliche Gründungsprüfung, gesteigerte Publizität der Gründungsvorgänge und strenge Haftungs Vorschriften für sämtliche Gründungsbeteiligten. Insbesondere gibt es nach § 66 II für den Aktionär keine Befreiung von der Schadensersatzpflicht wegen nicht gehöriger Leistung einer Sacheinlage; weiterhin besteht eine Haftung sämtlicher Gründer nach § 46 IV. Den Interessen der Gläubiger und der AG an einer ordnungsgemäßen Ausführung der Sacheinlagepflichten wird dadurch Genüge getan.

Wir können also festhalten:

Es steht nicht im Widerspruch zum AktG, Sacheinlagen nach der Handelsregistereintragung zu bewirken.

II. Unterschied gegenüber der vorherigen Einbringung

Für das Handelsgeschäft als Sacheinlage ergibt sich dabei: Die Zeitspanne zwischen Vereinbarung (Satzungsfeststellung) und Erfüllungsgeschäft vergrößert sich; dadurch können "Wertschwankungen", wie wir sie im ersten Teil der Arbeit behandelt haben, einen erheblicheren Umfang einnehmen.

Für den Sacheinleger erhöht sich damit das Risiko, im Erfüllungszeitpunkt einen möglichen Minderwert des eingebrachten Handelsunternehmens ausgleichen zu müssen; dafür untersteht diese Sacheinlage auch länger seiner Verfügung.

Die AG ist dagegen der Sorge enthoben, bereits im Gründungsstadium das Handelsgeschäft weiterbetreiben zu müssen. Dafür können die wirtschaftlichen Vorteile einer vorzeitigen Einbringung verloren gehen.

Somit bildet die dingliche Überleitung des Handelsunternehmens nach der Handelsregistereintragung einen zweiten Weg. Vor- und Nachteile verteilen sich in gleicher Weise wie bei einer vorzeitigen Einbringung.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 14.12.1945 als Sohn des Weinkaufmanns Heinrich Friedrich Binz und seiner Ehefrau Margarete, geb. Betz, in Nieder-Saulheim geboren.

Von 1952 bis 1956 besuchte ich die Volksschule in Nieder-Saulheim. Sodann war ich Schüler des Gutenberg-Gymnasiums in Mainz, wo ich am 4.3.1965 die Reifeprüfung bestand. Anschließend studierte ich 8 Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten in Mainz und Berlin. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 18.11.1969 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Ministerium der Justiz in Mainz ab. Seit 1.9.1971 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 7.2.1972.

